بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع البيع ماخوذ من مد الباع سمي بيعا لان كل واحد من المتعاقدين
يمد الباع بما باعه الى صاحبه وهو عبارة عن مبادلة المال بالمال بالتراضي كذا قيل في التعريف **واعترض** بانه لو كان
تعريف مطلق البيع يرد على عكسه بيع المكره لانعدام التراضي فيه وان كان تعريفا للبيع الصحيح الجائز شرعا يرد على
طرده سائر البيوع الفاسدة سوى بيع المكره لصدق التعريف عليه **وجوابه** انه تعريف للبيع الجائز حقا للعبد اذ الجواز
لحقه يدور مع المراضاة وجودا وعدما اما الجواز لحق الشرع فلا يدور معها لان البيع قد يجوز في حقه مع عدم المراضاة كبيع
المكره فانه جائز في حق الشرع واما الفساد لحق العبد حتى لو رضي المكره ينقلب جائزا ولو تداولته الايدي لا ينقطع حق المكره في
الاسترداد باعتبار تعلق حق الغير ولو كان الفساد لحق الشرع لكان الامر بالعكس وقد لا يجوز البيع في حق الشرع مع المراضاة
المتعاقدين كالربا وغيره من البيوع الفاسدة **ولئن قيل** ان البيع قد يصح في حق العبد بدون التراضي ايضا كما
اذا باع مخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل لزمه الشراء وان لم يرض به **فجوابه** ان صاحب المخمصة متعنت في امتناع
القبول لانه تعين مدفعا للهلاك فيرد امتناعه ويجعل راضيا حكما او نقول انه تعريف للبيع التام صحيحا كان او فاسدا اذ البيع
في الجواب عن اصل السؤال
انما يتم بالتراضي الا ان البيع في خيار الشرط عند عدم ... وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه حيث قال لانه تمام هذا السبب
بالمراضاة **فان قلت** بيع المكره تام حتى يفيد الملك عند علمائنا الثلثة ولا مراضاة **قلت** جوابه ما ياتيك في باب خيار
الشرط ان شاء الله تعالى **قوله** ان البيع انشاء تصرف الخ تمسك بالاجماع فانهم اجمعوا على انعقاد البيع بما وضع له او استعمل
فيه والموضوع للاخبار عن الماضي قد استعمل في الانشاء شرعا تقضيه للحاجة فالانسان يحتاج الى انشاء هذا التصرف ولم يوجد في
اللغة ما يتمكن به من انشائه فلا بد من ان يثبت في الشرع ما يتمكن به من انشائه والموضوع للاخبار عن الماضي احق بالنقل الى الانشاء
لان الوجود حق لازم له والانشاء هو تحقيق الوجود فيثبت به انشاء البيع وهو المطلوب ثم انه كان هذا دليل على انعقاده
بلفظي الماضي لا على النفي المفهوم من قوله اذا كانا بلفظ الماضي لان الموضوع للمستقبل ايضا يستعمل في الانشاء غير ان استعمال
الماضي في الانشاء اكثر من استعمال المضارع الا يرى ان النكاح ينعقد بلفظ المستقبل مثل ان يقول اتزوجك فقالت
قبلت او زوجت وهو تصرف انشائي كالبيع بل البيع ايضا ينعقد بلفظ المضارع عند نية الحال كما ذكره الشارح نقلا عن
شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء **واما الدليل** على عدم انعقاده بلفظ المستقبل مثل ان يقول احدهما ابيعك والاخر
يقول اشتريت او يقول بعني فيقول المالك بعت او يقول المالك بع فيقول المامور بعت مني فهو ان الاول يحتمل
المواعدة والثاني يحتمل المساومة بخلاف النكاح فانه ينعقد بهما لانه لا يخلو من تقدم خطبة وهو يدل على ان المراد به
الحال اما البيع فيقع بغتة فيحمل قوله ابيعك على المواعدة وقوله بعني على المساومة واما الثالث فلان الواحد
لا يتولى طرفي العقد في البيع وفي النكاح يتولاه المامور او نقول معناه ان البيع تصرف انشائي وانشاء كل تصرف
لا يعرف الا بالشرع اذ لا طريق اليه من قبل اللغة لانه لم يوجد في اللغة لفظ يثبت موجبه بمجرد التلفظ به والبيع
تصرف لم يعرف انشاؤه في الشرع الا بلفظي الماضي فلا ينعقد الا بهما وعلى هذا يصلح دليلا على النفي المفهوم ايضا وفيه بحث

اذ الرواية منصوصة انه اذا كتب يعني كذا بكذا فلما بلغ اليه الكتاب قال بعت تم البيع لان يعني من الغايب الا يحتمل المساومة فالبيع ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل فلا وجه بقوله والبيع تصرف لم يعرف في انشائه الشرع الا بلفظ الماضي
قوله والموضوع للاخبار عن الماضي قد استعمل فيه ايضا في الانشاء وانما خص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحمله فكان الوجوب حقا له بمقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي كذا في الكافي وكانه اراد الاختصاص الغالبي الا دعايب ولهذا فالموضوع للاخبار عن الحال والاسمية قد استعمل في الانشاء ايضا حتى ينعقد النكاح بانت زوجتي بكذا والطلاق بانت طالق وهما تصرفات الشابات مثل البيع ايضا ينعقد بالمضارع عند نية الحال كما ذكره الشارح فلعله اراد المصنف به اطلق الموضوع للاخبار ولم يقيد بقوله عن الماضي ثم كلام المصنف به تصريح بان الكلام الخبري مستعمل في الانشاء كان هل من الاخبار الي الانشاء شرعا ونص الامام فخر الاسلام به باقي على معناه الخبري وثبوت التصرفات بطريق الاقتضاء على ما عرف بحقيقته مع ما فيه من الاشكالات وجوابات وبحث فعليك بمطالعة شرحنا للبزدوي قوله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل نحو ان يقول البايع ابيع او المشتري اشتري لان الصيغة مترددة بين الحال والاستقبال والبيع ينعقد فجاة ولا دلالة على الحال ولا تعيين للحال بخلاف النكاح لانه لا يخلو عن تقدم خطبة وهي يدل على ان المراد الحال كذا قيل والاصح ان يقال في نظيره لفظين احدهما لفظ المستقبل نحو ان يقول احدهما بعني فيقول الاخر بعت لان الفرق الذي مر في النكاح من ان الواحد يتولى طرفي البيع دون النكاح انما يتاتى اذا انعقد النكاح فيما اذا قالت زوجني من نفسك فيقول هو زوجت ولا ينعقد البيع اذا قال بعني فيقول بعت اما الفرق الذي ذكر بين انعقاد النكاح بلفظ المضارع نحو اتزوجك دون البيع نحوا بيعك فهو ليس بفرق مذكور في الكتاب في كتاب النكاح مع انه لا يخلو عن موضع من التصريح بان المضارع حقيقة للحال مجاز في الاستقبال حتى يستعمل فيه من غير قرينة والاستقبال يحتاج اليها الا يرى انه لو قال كل مملوك املكه حر يعتق من له مملوك واشترى اخر عتق المملوك دون المشتري لان الصيغة حقيقة للحال مجاز في الاستقبال كذا ذكر في كتاب العتق ولما كان صيغة المضارع للحال حقيقة وجب ان ينعقد به البيع بلا نية وقرينة لعدم احتياج الحقيقة اليهما ثم لا يقال انعقاد النكاح فيما اذا قالت زوجني من نفسك فقال زوجتك انما هو بقوله زوجتك لقيامه مقام زوجت وتزوجت اذ الواحد انما يتولى طرفي النكاح اذا كان الانعقاد بلفظ تزوجت فقط فلو انعقد البيع فيما اذا قال بعني فيقول بعت لكان الانعقاد بلفظ بعت القايم مقام الايجاب والقبول فكان الانعقاد بلفظين ماضيين هكذا فلا يصح ذلك تمثيلا للانعقاد بلفظين احدهما لفظ المستقبل لانا نقول الانعقاد وان كان بلفظ بعت او تزوجت ولكن قيامه مقام الايجاب والقبول انما هو لقوله بعني او زوجني فجاز ان يضاف الانعقاد الي لفظ الامر الذي هو للاستقبال فيصح نظيرا له والله اعلم قوله والمعنى هو المعتبر قلت فان كانت الهبة بشرط العوض بيعا من كل وجه كالكفالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة من كل وجه وبين قلت اعتبار المعنى وان كان يوجب ان يكون بيعا فاعتبار اللفظ يوجب ان يكون هبة والعمل

بهما ممكن بان تجعل هبة ابتداء حتى يشترط التقابض لثبوت الملك وبيعا انتهاء حتى يجري فيها الشفعة لو كان الموهوب عقارا قلنا فيجب ان يكون نحو وهبتك بكذا واعطيتك بكذا ايضا هبة ابتداء للفظ وبيعا انتهاء للمعنى وانه بيع اجماعا وانما يكون هبة ابتداء اذا قال بكلمة علي دون الباء نحو وهبتك كذا او اعطيتك كذا على ان تعطيني كذا او بشرط ان تعطيني كذا لان يقال ليس معنى كونه هبة لفظا ان يذكر فيه ما هو موضوع للهبة من قوله وهبتك او اعطيتك بل معناه ان لا يكون اللفظ دالا على المقابلة والمبادلة وقولنا وهبتك بكذا دال على المقابلة لفظا بخلاف وهبتك على ان تهبني او تعطيني او بشرط ان تهبني او تعطيني كذا فانه هبة لفظا لا العوض فيه للمقابلة وان كان بيعا معنى فاعتبر اللفظ والمعنى عند الامكان قوله في هذه العقود كانه احتراز عن ما يجب فيه مراعاة اللفظ كالشهادة وانه لا يصح الا بلفظ الشهادة حتى لو ذكر ما يؤدي معناها بان يقول اعرف معاينة لا يقبل لان في لفظ الشهادة من الوكادة ما ليس في غيره من الالفاظ وكذا عقد المفاوضة لا ينعقد الا بلفظ المفاوضة لان غيره لا يؤدي معناه قوله والكتاب كالخطاب يشكل بانه اذا قال للحاضر بعني كذا فقال بعت لا ينعقد بيعا ما لم يقل تقبلته فاما اذا كتب لغايب بعني كذا فلما وصل اليه الكتاب قال بعت ينعقد فقد افترق الخطاب مع الكتابة في هذه المسئلة والله اعلم قوله الا اذا بين ثمن كل واحد بان يقول بعتك هذين العبدين هذا بالف وهذا بالفين لان يقبل ايهما شاء لان التفصيل الذي ذكره غير حكم الايجاب السابق فصار بمنزلة كل واحد بايجاب على حدة فللمشتري قبول ايهما شاء قلت هكذا ذكره في بعض المواضع وذكر في الزيادات انها صفقة واحدة قيل الاول قياس والثاني استحسان وقيل الاول قياس قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والثاني قول ابي حنيفة رحمه الله ولو كرر لفظ البيع كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق كذا في الشاملات قلت ذكر التمرتاشي رحمه الله تعالى في الجامع فقال اذا اتحد العاقد والثمن يتحد الصفقة وكذا لو تعدد العاقد واتحد الباقي لان ما يجب الاتحاد ذاتاً وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد وان تفرقت الثلاثة يتفرق الصفقة وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد وان اتحد العاقد ويتفرق العاقد والثمن فقد ذكر في بعض المواضع يتفرق الصفقة لرجحان جنبة التفرق وفي بعضها لا يتفرق قيل الاول قياس وهو قولهما والثاني استحسان وهو قول ابي حنيفة وهكذا ذكر في الذخيرة والمحيط فهذا يدل على ان القياس والاستحسان انما هو فيما اذا تفرق العاقد والثمن وما ذكر في الشاملات يدل على ان القياس والاستحسان فيما اذا تفرق الثمن واتحد العاقد والعقد والله اعلم ثم قد يحتاج الي الفرق على رواية الزيادات بين البيع والرهن من حيث ان الراهن اذا قال رهنتك هذين العبدين كل واحد بخمسمائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسمائة وقال اديت من هذا العبد واراد ان يقبضه فله ان يقبضه فالرهن يتفرق بتفريق المال والبيع لا يتفرق بتفريق الثمن على رواية الزيادات والفرق ان ضم الجيد الي الردي متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق الرهن بتفريق التسمية لا يتضرر به الراهن ولان البيع اذا جمع بينهما لو

تفرقت الصفقة فيه بصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد به لانه تبرع كالهبة هكذا ذكره في الكافية في الرهن ثم ما ذكر المصنف رحمه الله هنا من ان تفريق التسمية يوجب تفرق العقد يشكل بما اذا اوصى لواحد كبكر مثلا بان ينفق عليه كل شهر كذا ما عاش واوصى لزيد بثلث ماله واجيز يقسم على مئة اسهم سهم للموصى له بالثلث وسهم للآخر ينفق عليه كل شهر ما عاش عند ابي حنيفة لان الاول كالموصى له بكل المال فيكون الثلثان بلا منازعة ويبقى الثلث بينهما وان لم يجيزوا قسم الثلث بينهما نصفين عنده لان الوصية متى وقعت باكثر من الثلث رد الى الثلث عنده لانه المحل وعندهما ان اجازوا قسم على اربعة وان لم يجيزوا قسم الثلث على اربعة لما عرف وان مات كل ثلثه لزيد لان النقصان بالمزاحمة وقد زالت وان اوصى لاثنين بان ينفق عليهما كل شهر عشرة ما عاشا بلفظ واحد وزاد فقال على فلان خمسة وعلى فلان خمسة وثلثه لزيد فيما كواحد فيقسم عند الاجازة على ستة عنده وعلى اربعة عندهما وعند عدم الاجازة ارباعا عندهما ونصفين عنده لان الوصية واحدة لا تختلف باختلاف عدد الموصى له ولو كرر لفظ الوصية فكل موصى له بالكل وقسم على تحزية الكل وعلى ثلثه في الثلث اي لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي واوصيت لفلان بان ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر ما عاش واوصيت لفلان بان ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر ما عاش فان اجازت الورثة قسم المال على تسعة عند ابي حنيفة رضي الله عنه للموصى له بالثلث سهم ولكل واحد اربعة وعندهما يقسم بينهم بطريق العول كذا في الكافية في متفرقات الوصايا فلو كان بيان ثمن كل واحد بمنزلة صفقة لكان بيان نصيب كل واحد من الموصى لهما فيما اذا اوصى لاثنين بان ينفق عليهما كل شهر عشرة على فلان خمسة وعلى فلان خمسة بمنزلة وصية على حدة وليس فليس وجواب هذا الاشكال يخرج مما نذكر في مسألة بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ان التفصيل انما يعتبر اذا كان حكمه يغاير حكم الاجمال والا فلا والتفصيل في مسألة الوصية لا يغير حكم الايجاب فيه والاجمال بمنزلة بخلاف البيع فان التفصيل فيه مغير حكم الايجاب السابق البتة فانه لو لم يكن تفصيل الثمن لكان منقسما عليهما بقدر قيمتيهما فكان معتبرا مطلقا وايضا اشار المصنف رحمه الله قبيل باب اللعن الذي يوضع فيه العدل وفي المسائل المتفرقة من كتاب الشفعة الى ان تفرق الثمن لا يوجب تفرق العقد يفهم من ذلك يصح كتابه فقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى مشكل ولو ادرج هنا تكرار لفظ البيع كما قيل ويكون المعنى اذا بين ثمن كل واحد وكرر لفظ البيع لصار قوله معنى لتفرق الصفقة مع صورة ومعنى **قوله** وايهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب **قلت** هذا يخالف ما ذكره في الكافية في باب سجدة التلاوة حيث قال ولا يختلف اي المجلس بمجرد القيام لان صاحب المجلس يقوم مرة ويقعد اخرى ولا يتبدل مكانه ولو باع وهو قاعد فقام فقبل المشتري صح قبوله ولو تبدل المجلس بالقيام لما صح قبوله هكذا ذكره شيخ الاسلام في شرح الجامع انه لو باع وهو قاعد فقام البايع الا انه لم يذهب عن مكانه حتى قبل المشتري صح قبوله ولكن ذكره في عامة المواضع انه لو قال لآخر بعتك هذا ثم قام احدهما عن المجلس ثم قبل

الاخر لا يصح قبوله وهذا هو الصحيح لان القيام ان كان لا يتبدل به المجلس فهو دليل الاعراض حتى يبطل الايجاب ايضا اذ التمليكات تبطل بصريح الرجوع ودلالته **قوله** لان القيام دليل الاعراض **فان قلت** لو قبل بعد القيام ينبغي ان ينعقد اذ لا اعتبار للدلالة مع وجود التصريح بخلافه هذا اذا نافا رضا انما اذا علمت الدلالة علما فلا معتبر بالصريح **قلت** هذا لا يستقيم في حق الموجب لانه وجد الصريح منه قبل الدلالة **قلت** ان ما صدر به الموجب لا يوجب عدم الرجوع بعد ذلك بل هو ساكت عنه وذلك لانه لا معارضة بين مثبت البيع والرجوع عنه لانه لا يتعرض له لا نفيا ولا اثباتا فكيف يعارضه **قوله** الا من عيب او عدم رؤية **قلت** وقد يثبت الخيار بعدم العلم بقدر المبيع ايضا كما سيأتي في مسألة بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ففي الحصر نظر الا ان يراد بقوله من عيب او عدم رؤية ما يفوت به تمام الرضا فيتناول عدم العلم بقدر المبيع ايضا او يلحق عدم العلم بحال المبيع بعدم رؤيته **قوله** ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير **فان قلت** حق الغير انما لا يجوز ابطاله اذا تعلق حقه بصفة اللزوم وذلك غير مسلم بل هو اول المسألة وعين النزاع **اجيب** بان قوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض يدل على جواز التصرف بعد التجارة عن تراض ولا يخفى انه متى حصل الايجاب والقبول من غير شرط خيار ونحوه فقد حصلت التجارة عن تراض فيجوز له التصرف في المبيع وما ذلك الا بلزوم العقد فدل على تعلق حق الغير بصفة اللزوم بمجرد العقد مع التراضي ولا يحتاج الى شيء اخر في شرط المفارقة بالابدان فقد زاد على الكتاب بخبر الواحد ومتى تعلق حق الغير على وجه اللزوم باشارة النص امتنع الفسخ لما فيه من ابطال حق الغير بغير رضاه وذلك باطل اجماعا **وفيه نظر** لان الاية ان اقتضت حل التصرف بمجرد تحقق التجارة عن تراض باعتبار ان الاستثناء من الحظر اباحة فحله لا يوجب لزوم العقد الا يرى ان التصرف مع خيار الشرط والرؤية والعيب جائز مع انه لا يلزم مع هذه الخيارات ثم انه يصير لازما بعد التصرف لانه دليل الاختيار اما مجرد جوازه فلا يدل على اللزوم الا ان يقال ان الشافعي رحمه الله كانه اثبت خيار المجلس باعتبار ان ساعاته كساعة واحدة فكان الحال بعد الايجاب والقبول كالحال بعد الايجاب قبل القبول لان جميع ازمنتها لما كانت كزمان واحد كان العاقدان ما دام المجلس كانهما يشتغلان بالبيع ولم يفرغا عنه بعد انما يفرغان عنه بعد انقضاء المجلس فيكون لهما الخيار ويكون هذا الخيار كخيار القبول معنى وان كان غيره صورة والتصرف قبل القبول باطل والاية اقتضت جوازه لوجود التجارة عن تراض حقيقة قبل انقضاء المجلس بعد الايجاب والقبول في حكم ما قبلها فيكون الاية حجة عليه بهذا الطريق الذي بينا والله اعلم **قوله** والحديث محمول على خيار القبول **فان قلت** في روايات اخر يرد هذا الحمل منها قوله عليه السلام المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار ومنها البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه

اختر وربما قال اويكون بيع خيار ومنها قوله عليه السلام اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا
وكانا جميعا او يخير احدهما الاخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ومنها اذا تبايع المتبايعان بالبيع فكل
واحد منهما بالخيار من بيعه مالم يتفرقا قال اويكون بيعهما عن خيار فاذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب
البيع ومنها كل بيعين لا بيع بينهما مالم يتفرقا الا بيع الخيار اجيب بانا قد ذكرنا ان النص وهو قوله تعالى
الا ان يكون تجارة عن تراض ناطق بلزوم البيع بمجرد العقد مع التراضي فكان اشتراط المفارقة بهذه
الاحاديث زيادة على النص بخبر الواحد وانه لا يجوز على ان بعض روايات الحديث يحتمل التاويل وان
كان بعيدا فاولناه عملا بالخبر بقدر الامكان وما لا يمكن التاويل فيه تركناه بالكتاب فظهر ان التعليل
بقوله ولنا الخ تعليل موافق لنص الكتاب فكان في غاية السداد فان قلت ما معنى قوله محمول
او يحتمله قلت كان قوله محمول معارضة لما قال الشافعي رحمه الله ان الحديث محمول على الافتراق
بالابدان حمل عليه ابن عمر رضي الله عنهما فعارضه بانه محمول على تفرق الاقوال حمله ابراهيم رضي الله
عنه وقوله او يحتمله جواب من قطع النظر الى حمل السلف اي الحديث يحتمله فيحمل عليه عند قيام الدليل
وتاويل الصحابي لا يمنع تاويلا اخر من غيره او معناه ان الحديث محمول على خيار القبول لدلالة كاينة
فيه وهو قوله المتبايعان فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ولو قطعنا النظر عن تلك الدلالة فهو
يحتمله فيحمل عليه بالمقدمة الاجماعية وهو ان ابطال حق الغير بلا رضاه باطل قوله فانهما متبايعان
حالة المباشرة لا بعدها الا مجازا والحقيقة احق فان قلت اليس يلزم المجاز في يتفرقا عند الحمل على
خيار القبول قلت نعم ولكن في الاسناد الى المتبايعين لان لفظ المتبايعين والمجاز في الاسناد
اهون منه في اللفظ على ان المجاز في نسبة التفرق اليهما تعين بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن
تراض وبالمقدمة الاجماعية وهو ان ابطال حق الغير بغير رضاه باطل وفي خيار المجلس ذلك قوله
والتفرق تفرق الاقوال فان قلت جاز ان يحمل على تفرق الابدان مع الحمل على خيار القبول
فانه اذا قال بعت فللاخر بالخيار مالم يتفرق احدهما من الاخر وتفرق الابدان هو الحقيقة وهي
احق عند الامكان اجيب بان الخيار غير ممتد الى تفرق الابدان عند ناحتى انه ينتهي بالقيام
عن المجلس او بالذهاب عنه ولو كان ممتدا اليه لبقي اذا قاما واخذا بمشيان الى جهة واحدة كما بقي
الصرف وليس كذلك بل القيام عن المجلس دليل الاعراض فينقطع الخيار به او بالذهاب عن المجلس
وان لم يتفرق ابدانهما لا يقال امكن ان يراد التفرق بالابدان اعم من ان يكون حقيقة او حكما
كما اريد بتفرق الاقوال ذلك حتى ينتهي الخيار بالقيام وان لم يتفرق الاقوال حقيقة لانا نقول القيام
عن المجلس والذهاب لم يعتبر في حكم تفرق الابدان حتى لا يبطل به الصرف والسلم فلا وجه لجعل
القيام او الذهاب في حكم تفرق الابدان وايضا لا وجه لجعل القيام او الذهاب في حكم تفرق الابدان

سوى

سوي ان دليل الاعراض كالتفرق البدني فيكون الغاية التي ينقضي به الخيار هو الاعراض معنى كانه
قيل هما بالخيار مالم يوجد الاعراض والخيار كما ينتهي بالاعراض ينتهي بالامضاء ايضا فلا وجه لتعرض احد
نوعي الغاية دون الاخر انما تفرق الاقوال فينتظم الغاية بنوعيه اذ تفرق اقوالهما اما بالامضاء كما لو قال
بعت وقال الاخر اشتريت وقد صرح في حاشية البزدوي انه اذا قال بعت والمشتري اشتريت فقد تفرقا بذلك
القول او بالابطال بان قال بعت وقال الاخر رددت فكان هو الاحق بالارادة لا سيما عند اشتمال التفرق
في احتمال اللفظ كما حقق جعله الامام فخر الاسلام كالمشترك وعلى تقدير ان يكون التفرق بالاقوال
لخالف قولها ردا وقبولا فنقول التفرق بالاقوال صريح في الرد فجعله غاية اولى من التفرق بالابدان
الذي هو دليل الاعراض لا صريح فيه والتفرق انما صار غاية لمعنى الاعراض على ان دلائل الاعراض غير
منحصر على التفرق البدني فلا وجه لجعله اصلا من بين ساير الادلة وايضا كلا نوعي التفرق بالابدان
اعني الحقيقي والحكمي دليل الاعراض فلا وجه لجعل الحقيقي اصلا والحاق الحكمي به مع تساويهما في المعنى
الذي به صار غاية وهو كونه دليل الاعراض وكان الحمل على تفرق الاقوال كما هو منقول عن محمد اولى من
حمله على التفرق بالابدان كما هو منقول عن ابي يوسف رحمه الله قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل
اذا كان الاجل معلوما ويعتبر الاجل المطلق من حين قبض المبيع حتى لو باع بثمن مؤجل الى سنة فمنع
البايع حتى مضت سنة فاجله سنة مستقبلة من حين قبض المبيع ان التاجيل للترفيه وذا انما يكون
عند التضييق بتوجه المطالبة ولا مطالبة قبل القبض فيعتبر الاجل من حين وقت القبض وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لا اجل له بعد سنة وقد مضت كذا في الكافية في اخر باب المتفرقات فان قلت
ان المشتري يطالب بالثمن اولا ثم يطالب البايع بتسليم المبيع فكان المطالبة بالثمن قبل قبض المبيع فما
وجه قوله ولا مطالبة قبل القبض قلت كانه اراد لا مطالبة قبل احضار القبض فان المشتري لا
يطالب بالثمن الا اذا احضر البايع المبيع للتسليم والمراد بقوله فاجله سنة مستقبلة من حين القبض
اي من حين احضاره للقبض ثم يندفع التناقض ولكن هذا التاويل يرده ما ذكره في المحيط بقوله وللامام ابي
حنيفة رضي الله عنه ان التاجيل انما شرع نظرا للمشتري ليتاخر عنه المطالبة بالثمن مع حصول الانتفاع
بالمبيع والتصرف في المبيع في مدة الاجل ليؤدي عند مضي الاجل ويتفضل لنفسه شيئا وهذا المعنى
انما يحصل باعتبار الاجل من وقت القبض فيجب اعتباره ما امكن فهذا التعليل الصحيح مشعر باشتراط
القبض حقيقة وان احضاره للتسليم لا يكفي للتطابق ولا ان التصرف لا يستقيم بمجرد الاحضار بلا القبض
والله اعلم قوله اطلاق قوله تعالى واحل الله البيع فان قلت قد خص عنه بيع شرط فيه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لانه في معنى الربا وشرط الاجل كذلك فينبغي ان يخص
عنه ايضا قلت القياس ان كان يقتضي تخصيصه فخبر الواحد وهو انه عليه السلام اشترى من يهودي

بأنه الى اجل ورهنه درعه وانعقاد الاجماع على جواز البيع بشرط الاجل يمنعانه فتركنا القياس بالخبر والاجماع فبقي داخلا في قوله تعالى واحل الله البيع قوله لما انه يتحمل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله وفيه بحث وذلك ان الهلاك لما كان نادرا قبل التسليم وجب ان يصح بيع المنقول قبل القبض لندرة هلاكه قبله كما يصح بيع العقار قبل القبض لان الهلاك فيه نادر وسنذكر هذا البحث مع جوابه في فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول ان شاء الله تعالى قوله في المجلس لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة فصار العلم في المجلس كالعلم في حالة العقد واذا افترقا تقرر الفساد لجهالة الثمن فلا ينقلب جائزا فان قلت اذا كان الفساد بحكم شرط الاجل المجهول او شرط خيار اربعة ايام ينقلب جائزا اذا دفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس ايضا قلت الفساد على نوعين لانه اما ان يكون في صلب العقد او خارجه الحقيقة والاول ان كان باعتبار نفس الركن ككون الثمن غير متقوم او زاد بدلا بلا عوض فالعقد لا يعود الى الجواز اصلا لقوته وان كان باعتبار نفسه فان ازاله في المجلس ينقلب جائزا لانه دون ما يكون باعتبار نفس الركن واما الثاني فهو كالفساد باعتبار جهالة الاجل وغيره فالعقد ينقلب جائزا ان ازيل ذلك الفساد قبل تقرره لانه اضعف من نوعي الاول فظهر الفرق بين المسئلتين وقد يجاب بان الفساد بحكم شرط الاجل المجهول او خيار اربعة ايام لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل فينقلب جائزا اذا ازيل الفساد قبل ظهوره فان قلت لو كان العلم في المجلس كالعلم وقت العقد لما ثبت له الخيار كما لو علم زمان العقد اجيب بان ما حصل من العلم بعد العقد في المجلس متاخر من العقد حقيقة مقارن معه حكما فقلنا ينقلب العقد جائزا اعتبارا لكونه مقارنا ويثبت له الخيار اعتبارا لكونه متاخرا عملا بالاعتبارين جميعا قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان قلت اذا استاجر دارا كل شهر بدرهم جازت الاجارة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الاول عند ابي حنيفة رضي الله عنه على اختيار بعض الفقهاء فما وجه الفرق قلت انما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير ولا تعامل في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم فبقي على القياس قوله ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها من غير مشقة ومثلها غير مانع كما لو باع بوزن هذا الحجر ذهبا فان قلت البيع بالرقم فاسد مع ان ازالة الجهالة بيدهما اجيب بالمنع فان الانسان كثيرا ما لا يعلم الرقم وقيمة المتاع اما عدد القفزان والاغنام فتيسر للكل من غير مشقة قوله لتفرق الصفقة فان قلت قد مر في الشاهات منقولا من بعض المواضع ان بيان ثمن كل واحد يوجب تفرق الصفقة وان لم يتكرر لفظ البيع وعليه حمل ما في الكتاب من قوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى فيكون كل قفيز مبيعا على حياله فلا يتفرق

جهالة الاركان باعتبار ح

الصفقة

الصفقة بانصراف البيع الى قفيز واحد على ان تفرق الصفقة انما يلزم ان لو كان البيع واقعا على الكل وليس كذلك بل هو واقع على قفيز واحد ابتداء عند ابي حنيفة رحمه الله صرح بذلك في المحيط حيث قال ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كلمة كل اذا دخلت على ما لا يعلم نهايته يتناول الواحد من تلك الجملة كما في قوله اجرتك هذه الدار كل شهر وقوله للمراة غيره كفلت لك عن زوجك نفقة كل شهر فاذا تناول واحدا من تلك الجملة صار بايعا شاة واحدة من القطيع وثوبا واحدا من الجوالق وذراعا واحدا من الثوب وقفيزا واحدا من الصبرة الا ان بيع شاة من قطيع وثوب من الجوالق وذراع من الثوب لا يجوز وبيع قفيز واحد من الصبرة يجوز فكذا هنا ولو سلم فالمشتري لما اقدم على الشراء مع علمه بانصراف البيع الى قفيز واحد فقد رضي بشراء واحد من القفزان ولا خيار مع الرضا اجيب من الاول بان تفرق الثمن لا يوجب تفرق العقد على رواية الزيادات قلنا ان يمنع على انا قد ذكرنا ان ما اشار اليه في الشاهات من ان تفرق الثمن يوجب تفرق العقد بان اخذ الناقل والعقد نقلا عن بعض المواضع فلا يكاد يصح لمخالفته روايات الامام التمرتاشي والذخيرة والمحيط فلا بد وان يحمل ما فيه على ما اذا اختلف العاقد بان كان احد الجانبين اثنان او كان من كل جانب اثنان ولو سلم فتفريق الثمن انما يوجب تفرق العقد اذا كان حكم التفريق يخالف حكم الجمع بان يقول بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائتين فانه لو قال بعتك هذين بثلثمائة لم يتعين المائة بمقابلة احدهما والمائتان بمقابلة الاخر بل ينقسم الثمن على قدر قيمتيهما ففي فصل كان بيان ثمن كل كما يجاب على حدة اما اذا لم يكن كان التفصيل لبيان مبلغ عدد الثمن لا لتجزيل الايجاب وفي مسئلة الصبرة لو سمى جميع القفزان وذكر بمقابلة الكل ثمنا بان يقول مثلا بعتك هذه الصبرة على انها عشرة اقفزة بعشرة دراهم كان بمقابلة كل قفيز درهم وكان التفصيل بقوله كل قفيز بدرهم والجمع بمنزلة فلا يكون العقد به متفرقا وعن الثاني ان المراد من تفرق الصفقة على ظن المشتري وذلك لانه لما اقدم على الشراء فقد ظنه صحيحا اذ المرء قلما يباشر العقد مع علمه بانه فاسد وهذا ظن في موضع الاجتهاد وهو معتبر فلما ظهر ان البيع قد انصرف الى قفيز واحد تفرقت الصفقة عليه على ظنه فيتخير لئلا يتضرر وعلى هذا قوله انه لما اقدم على الشراء مع علمه بانصرافه الى قفيز واحد ممنوع بل هو اقدم عليه على ظن ان البيع صحيح في الكل ولو سلم انه عالم بانصرافه الى قفيز واحد فالبيع انما يصرف الى قفيز واحد اذا لم يعلم مقدار القفزان في المجلس بالتسمية او بالكيل اما اذا علم فالبيع صحيح في الكل والظاهر ان المشتري انما اقدم على هذا الشراء لما ان البائع يسمي جملة القفزان او يكيلها في المجلس فيصح البيع في الكل وهو الظاهر ايضا من البائع فلما لم يسم وحكمنا بانصرافه الى قفيز واحد صار كان البيع قد انعقد في الكل

صح الجوالق

ثم يبقى في حق البعض فتتفرق الصفقة بهذا الاعتبار وبهذا خرج الجواب من الثالث وقد اجيب عنه في
الشرح بالمنع اذ العوام لا علم لهم بالمسائل المجتهد فيها ولكنه يشكل بان المصنف رحمه الله جعل الموكل عالما برجوع
الحقوق الى الوكيل وبنى على ذلك ولاية رجوعه على الموكل حيث قال ولان الحقوق لما كانت اليه وقد
علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله مع ان رجوع الحقوق الى الموكل مجتهد فيه فالشافعي رحمه الله
لا يقول به وجوابه سياتيك في الوكالة ان شاء الله تعالى قوله وكذا اذا كيل في المجلس شرط
للجواز ان يعلم العدد في المجلس وبعض مشايخنا قالوا اذا علم العدد بعد الافتراق ينقلب جائزا ايضا
وقال شمس الائمة الحلوائي الاصح عندي ان على قول ابي حنيفة رحمه الله لا ينقلب العقد جائزا ولكن
ان كان البائع دائما على الرضا ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضي قوله لتفرق
الصفقة عليه قبل التمام وتمامها يكون بتمام الرضا والقبض وقيد بما قبل التمام اذ التفريق بعد تمامها
جائز والفرق ان في الحالين ضررا بالبائع وبالمشتري فيجب دفع الاقوى بتحمل الادنى وقبل التمام ضرر البائع
مثلا في التفريق في القبول او في القبض اقوى لانه ضرر مالي لان ضم الجيد الى الردي لترويج الكل
بثمن الجيد متعارف فلو جاز التفريق فالمشتري ياخذ الجيد ثم يتعذر على البائع ترويج الردي بثمن
الجيد فيكون ضررا ماليا وضرر المشتري في مجرد بطلان قوله حيث لا يصح قبوله العقد في البعض
او رده فيه وانه دون لابطال المال والقبض شبيه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد
على ان حق المشتري قبل القبض غير متاكد فلم يعتبر وكذا ضرر المشتري اذا هلك بعض المبيع قبل
القبض في فوات عوضه في شراء الكل اقوى من ضرر البائع في بطلان حقه في العقد والثمن
لان حقه غير متاكد فاعتبر ضرر المشتري لا ضرر البائع فخيرناه بين اخذ الباقي بحصته والترك واما
بعد التمام فضرر المشتري مثلا برد الكل فيما اذا وجد بالبعض عيبا اكثر مما يلحق البائع برد البعض
لان برد الكل يبطل حق متاكد للمشتري وما يلحق البائع برد البعض موهوم ربما يتهيا له بيع المعيب
بثمن السليم او بضمه الى جيد اخر قوله والقدر ليس بوصف بل هو اصل فلا يكون للمشتري يرد
عليه ما لو اشترى ابريق فضة على انها وزن مائة فاذا هو مائتا درهم يكون الزيادة فيه للمشتري وجوابه
ان الوزن فيما يضره التبعيض كوصف من اوصافه لانه يوجب نقصانا فيه فصار كالذرع الى هذا اشير
في الكافي في باب المهر ثم القدر انما يعتبر اصلا اذا كان معلوما او مجهولا لم يوجد في المشار اليه اما
اذا كان مجهولا موجودا فيه فهو في حكم الوصف صرح به في الخزانة حيث قال باع هذه الحنطة على
انها اقل من الكر فوجدها اقل جاز وان وجدها اكثر لا وعن ابي يوسف انه فاسد في الوجهين لان
الاشارة والمقدار متى اجتمعا في المكيل فالمعقود عليه المقدار وهو مجهول قلنا نعم اذا كان المقدار معلوما
اما اذا كان مجهولا فالمعقود عليه هو المشار اليه متى وجد المقدار في المشار اليه فيجعل المقدار صفة فيه

لان المقدار في المكيلات وان كان اصلا من حيث ان كل قدر يقوم بنفسه والتبعيض لا يوجب
عيبا في الباقي فهو وصف من حيث انه يكثر بكثرة المقدار ويقل بقلته فاعتبرناه اصلا متى كان معلوما
او مجهولا عدم في المشار اليه ووصفا متى كان مجهولا وجد في المشار اليه فمتى وجدها اقل من الكر جاز
لانه اعتبر وصفا وجهالة الوصف لا يوجب الفساد وان وجدها اكثر فسد لانه اعتبر اصلا وجهالة المعقود
عليه اذا كان اصلا يوجب فساد العقد والفقه فيه هذا ان القدر متى كان اصلا من وجه وصفا من وجه
جعلناه اصلا فيما اذا كان معلوما لئلا يلزم اثبات استحقاق الزيادة للمشتري بالشك وذلك انه لما اشترى
صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هو احد عشر فاعتبار كون القدر وصفا يوجب ان يكون الزيادة
للمشتري واعتبار كونه اصلا يوجب ان يبقى الزيادة على ملك البائع فلو اعتبرناه وصفا لزم اثبات
الملك في الزيادة للمشتري ولكنه لا يثبت بالشك فبالضرورة اعتبرناه اصلا وابقينا الزيادة في ملك
البائع واما اذا كان القدر مجهولا فان عدم في المشار اليه بان اشترى حنطة مشارا اليها على انها
اقل من الكر فاذا هو اكثر فالتخريج فيه ما ذكرناه في المعلوم انه ان اعتبر وصفا يثبت للمشتري
الزيادة وان اعتبر اصلا بقيت الزيادة على ملك البائع والزيادة لم يكن للمشتري فلا يثبت بالشك
فاعتبرناه اصلا ومتى اعتبرناه اصلا فسد البيع بجهالة القدر وان كان الوصف المجهول موجودا في
المشار اليه فاعتبار كونه وصفا لا يوجب الاستحقاق للمشتري مع الشك حتى يبطل اعتباره وصفا بل اعتباره وصفا م
يوجب صحة العقد واعتباره اصلا يوجب فساده والاصل في تصرف العاقل التصحيح ما امكن فاعتبرناه
وصفا تصحيحا للعقد بالقدر الممكن ثم المراد بقوله ليس بوصف انه لا يعطى له حكم الوصف لفوات بعض
لوازمه وهو ان يزداد القيمة بزيادته وتنقص بنقصانه لا انه ليس بوصف حقيقة حتى ينافي تسميته
وصفا فيما مر من قوله وجهالة الوصف والمراد به القدر قوله لانه عبارة عن الطول والعرض
ولهما جهة في تقوم نفسه وغيره وبزيادتهما يزداد قيمة المذروع وبنقصانهما ينقص قيمته فيكون الذرع
وصفا قوله لكنه صار اصلا بافراده بالذكر ولكنه تبع في الحقيقة فباعتبار انه صار اصلا يقابل الثمن
وباعتبار انه تبع يدخل الزائد في البيع اذا وجد زائدا بخلاف ما اذا اشترى الصبرة على انها مائة
قفيز كل قفيز بدرهم فاذا هو مائة وعشرون قفيزا حيث لا يدخل الزائد في البيع لانه اصل من
كل وجه فلا يتبع غيره وبخلاف ما اذا اشترى عدلا على انه مائة ثوب فاذا هو اكثر يفسد البيع لان
كل ثوب اصل من كل وجه فلا يدخل في بيع غيره تبعا فيبقى بيع المجهول بجهالة تفضي الى المنازعة
لتفاوت الثياب ثم اعتبار كل ذراع بدرهم من باب افراد الوصف بذكر الثمن مشكل لما سيأتيك لان الذراع
اسم لما يذرع به وهي الخشبة المعهودة ثم استعير لما يحل وهو المحل المعين ولا يخفى ان ما يحل الذراع
ويذرع به انما هو العين دون الوصف لا يعرف له وجه قوله هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء

الجهالة والخصومات يقول ثم الجهالة باقية على اعتبار الحقيقة اما الوجه عشرة لاذرع كما يباع عشر الدار
مثلا كان شيعا للمشاع فلم يبق الجهالة والاصل في كلام العاقل التصحيح بقدر الامكان وقد امكن بحمله على
المجاز عشر الدار او نحوه غيران المجاز انما يمكن اذا علم جملة الذرعات فيشترط العلم لذلك قوله
وان وجدها زايدة فهو بالخيار فان قلت يشكل بما اذا باع عدلا على انه عشرة اثواب فاذا فيها احد
عشر فسد البيع قلت الزيادة مفضية الى المنازعة لان كل واحد من الاثواب مختلفة فيقع الاختلاف
في تعيين الثوب الزايد فيصير المزيد عليه مجهولا فيفسد البيع والا كذلك هنا كذا في الشاهات واعترض
عليه في الحاشية بان التفاوت هنا ايضا ثابت على ما ذكره المصنف من قوله غيران بيع شاة من قطيع
وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت واجيب بان الثوب الزايد لا يدخل تحت البيع لكونه اصلا من كل
وجه فيبقى البيع مجهولا بجهالة يفضيه الى المنازعة للتفاوت في الاثواب بخلاف الذراع الزايد فانه
يدخل في البيع لانه وصف حقيقة وان صار اصلا بافراده بذكر الثمن فلم يكن البيع مجهولا فلا ينبه
البيع فالجواب المذكور مبني على دخول الزايد في البيع وعدم دخوله فيه لا على التفاوت وعدمه يعرف
بالتامل كذا قوله ولا قبول يشترط في المعدوم اي لم يشترط القبول هنا في المعدوم لان البايع ما ضم المعدوم
الى الموجود حتى يكون القبول فيه شرطا لانه لا موجب للضم الا الاشارة وهي الى الموجود لا غير بل باع
الموجود يظن انه مقدار معين ثم تبين انه لم يكن ذلك المقدار وبهذا لا يصير جامعا للمعدوم مع
الموجود بخلاف مسألة العروي فان المبيع فيها سمى الهروي لان الاعتبار في مثل للمسمى دون المشار
اليه وقد ضم المروي معه حيث اشار اليهما فصار جامعا المبيع مع غيره فيفسد كما لو باع قنا وحرا صفقة
وبين ثمن كل واحد قوله والى يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع
منزلة ثوب على حدة وقد انتقص وجوابه ان المنزل منزلة الثوب هو الذراع وهو اسم لمقدار
معلوم لا يطلق على ما دونه فاذا انتقص لا يبقى ذراعا ولا يقابله شيء من الثمن واما الجواب عن نكتة
محمد رحمه الله بان مقابلة النصف بالنصف ضروري وبمثله لا يعتبر الا يرى انه لو باع ثوبا على انه عشرة
اذرع بعشرة دراهم فاذا هو احد عشر فالزيادة للمشتري مع انه لما قابل العشرة بالعشرة فقد جعل
كل درهم بمقابلة ذراع ولكن هذه المقابلة لما لم يكن قصديا لا يصير به كل ذراع مقصودا بذكر الثمن
حتى لا يقابله شيء من تغيير ثم لانا لا نسلم انه لما قابل العشرة بالعشرة فقد قابل كل ذراع بدرهم لان
الذرعات مختلفة بخلاف الجزئية الشائعة لكل ذراع فان ما يقابل الذراع من الثمن منقسم عليها بالفرق
قوله وقيل هذا في الكرابيس ونحوها اما اذا اشترى كرباسا لا يتفاوت جوانبه على انها عشرة اذرع
فاذا هو احد عشر لا يسلم الزيادة لانه لا يتعيب بالتبعيض فصار كالمقدرات قوله لان اسم
الدار يتناول العرصة والبناء في العرف وهذا مشكل اذ لو كان كذلك لما حنث فيما اذا حلف لا

يدخل

يدخل هذه الدار ودخلها بعد ما صارت صحراء وحيث حنث دل انها لا يتناول البناء عرفا ويجاب بان البناء
بمنزلة الصفة وهي في المعين لغو اذا لم يكن داعية الى اليمين فان كانت داعية اليه يعتبر الا يرى
ان من حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث ولو حلف لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان
صباه لان صفة الصبا غير داعية الى اليمين لان هجران الصبي مهجور شرعا فتعلقت اليمين بالذات دون
الصفة وصفة البناء غير داعية الى المنع من الدخول باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحنث
بعده وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما يشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء فيدخل البناء في النزل عرفا
كذا في الكافية قلت صفة البناء داعية الى الشراء لكونها صفة مرغوبة في الدار والاوصاف المرغوبة في
المبيع يدعوا الى شرائه وهذا اولى من تعليل الشيخ رحمه الله بقوله ان الدار انما يشترى للسكنى بلا بناء
لما ميا شك في الاجارة ان المقصود من البيع ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش دون
اجارته فلا يدخل الشرب والطريق في البيع والاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بالشرب والطريق
فيدخلان فيها فظهر ان السكنى غير مقصود بالبيع ثم اذا كان الدار انما يشترى للسكنى كما اشار اليه هنا
ولا سكنى الا بالطريق وجب ان يدخل الطريق في شراء الدار بلا ذكره والمسلم بخلافه ولو كان شراء الدار
لملك الرقبة فحسب كما اشار اليه ثمه وجب ان لا يدخل البناء في بيع الدار ثم قد يقال اي صفة لا يدخل هذه
الدار واشتريت هذه الدار حتى لا يعتبر في الاول ويعتبر في الثاني نعم لو كان الكلام في لا يدخل او اشتريت
هذه الدار المبنية لكان لاعتبار صفة البناء او عدم اعتباره وجه ولكن الكلام في اسم الدار فقط وايضا
الدار لا تعادي ولا تهجر انما يقابل لبغض صاحبها الساكن فيها حتى لو قال لا يدخل دار فلان حنث اذا
دخل دارا سكنها فلان بملك او اجرة او عارية ولو دخل دارا مملوكة غير مسكونة لم يحنث فصار التقدير لا ادخل
دارا سكنها فلان بملك او اجرة او عارية ولو دخل دارا مملوكة له غير هذه الدار المسكونة لفلان وصفة السكنى
هي الباعثة الى اليمين فلا بد من اعتبارها ومن ضرورة اعتبارها اعتبار صفة البناء اذ لا سكنى بلا بناء
اللهم الا على بعض الروايات وهو انه يحنث اذا دخل دارا منسوبة الى فلان بالملك او بالسكنى وايضا لما كان
الباعث على الحلف هو سكنى صاحبها والسكنى باعتبار البناء لتعذر السكنى بلا بناء فكان البناء هو الباعث
على اليمين واجاب الشيخ المصنف عن الشبهة الاولى في الايمان بان صفة البناء متعينة في الدار فجاز
ان يراد بحكم العرف بخلاف ما اذا قال لا اكلم رجلا حيث لا يتقيد حلفه برجل عالم او عاقل لتزاحم الصفات
وقد امتنع ارادتها بزويرها ولا رجحان للبعض فامتنع الارادة اصلا وهذا كلامه وقد يمنع تعين صفة البناء
في الدار بجواز ان يقال دار عامرة ودار عامرة وان كان البناء وصفا لازما لتحقق اسم الدار للحوطة
صحة ابتداء فاما بعد ما ادبرا الخطات يطلق عليه اسم الدار وان لم يبق فيها بناء والكلام في حالة البقاء
قوله الاصل ان ما لم يعلم مدة فنايها فهو للقرار والتابيد وما الانتهائها غاية معلومة فهو كالمنطوع

للقرار

ولا سكنى

الشائعة

ولا فرق بين ما اذا كان النخل له قيمة او لم يكن الي قوله لان بيعه يجوز في اصح الروايتين وقد يقال كيف يصح بيعه فيما اذا لم يكن له قيمة وصح غير المتقوم ليس بجايز كالميتة الا ان يراد بالقيمة ما يتقوم بها الثمار عند كمال الحال وبدو الصلاح فيكون قوله له قيمة او لم يكن في قوة قولنا بدا صلاحها او لم يبد وهو صحيح

قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها وقد يقال لو كان الزرع كالمتاع الموضوع في الارض لكان ينبغي ان لا يثبت الملك لصاحب الارض في الزرع الثابت بنفسه قبل الاحراز كما لا يثبت في البيض الذي باض الطير في ارضه قبل احرازه وكما لا يثبت في الزرع الذي فرخت فيها والماء بخلافه فان الزرع الثابت بنفسه يدخل في ملك صاحب الارض قبل الاحراز الا ان يقال ابطال ملك البايع الي المشتري استدعي اثبات الملكية في المباع فاشترط للاول الاتصال والتبعية من كل وجه واكتفي في الثاني بالاحراز الثابت بالاتصال الخلقي وايضا لو وهب ارضا وزرعا وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الارض لان الارض مع الزرع بحكم الاتصال كشي واحد فاذا استحق احدهما صار كانه استحق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة فيبطل الهبة في الباقي فلو كان الزرع كالمتاع الموضوع في الارض وجب ان لا يبطل الهبة في الارض كما لو وهب ارضا او متاعا فيها ثم استحق المتاع وايضا لو وهب زرعا او نخلا في الارض دونها او وهب تمرا في شجر دونه لا يصح وكذا لو وهب الارض دون الزرع او وهب الشجر دون الثمر لا يصح لانه متصل به اتصال خلقة وكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة ولا يتم بدون الاحراز والحيازة فلو كان كالمتاع الموضوع في الارض كما اشار اليه هنا كان الجواب في هذه المسايل بخلاف ما ذكر الا ان يقال انه وان كان كالمتاع الموضوع من حيث انه للفصل فهو متصل به خلقة فلا اقل من شبهة التبع في المسايل المذكورة فيمتنع الهبة احتياطا وايضا يدخل الزرع في رهن الارض بلا تسمية فلو كان كالمتاع الذي فيها لما دخل كما لا يدخل المتاع في رهن الارض الا ان يقال الزرع ان كان تابعا فعدم التبعية غير لازم فمن حيث انه تابع يدخل في رهن الارض تصحيحا للعقد لانه لو لم يدخل فسد الرهن لمكان الشيوع وشغل الارض به بخلاف البيع فانه صحيح بدون ان يدخل الزرع فيه فلا حاجة الي ادخاله وهو لم يكن داخلا فلا يدخل بالشك واما المتاع فلا وجه لادخاله في عقد الرهن وان كان لا يصح بدون دخوله فيه لانه ليس بتابع اصلا قوله في الثمر بيعه يجوز في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره تبعا الا اذا كان تابعا كالبناء والشجر لانهما متصلان بالدار والارض اتصال قرار والثمر ليس بتابع لانه للقطع لا للبقاء فعد منفصلا كالمتاع الموضوع فلا يدخل في بيع الشجر سواء بيع الشجر مع الارض او وحده وفيه بحث لان جواز البيع منفردا اذا كان مانعا للدخول في بيع الغير وجب ان لا يدخل البناء والشجر في بيع الارض والدار وان اعتبر هذا وتابعا الا ان الجزئية والتبعية اذا كان يوجب دخوله في البيع فجواز بيعه

منفردا يوجب ان لا يدخل فيجب ان لا يدخل بالشك الا ان يقال جواز البيع منفردا وان كان حجة في عدم دخوله في بيع الغير فهو امر حكمي فلا يعتبر مع الجزئية التي هي جهة حقيقية في علم دخوله في بيعه ويمكن ان يقال جواز بيعه دليل علي انه لا يفترق مع ما له قيمة فذلك اصلاحهما وهو البايع فكذا هنا ولو لم يكن جايز البيع لم يكن للبايع لانه جنيل كان في حكم المعدوم الذي لم يظهر لعدم ما لم يظهر يكون للمشتري اذا ظهر فكذا هنا او معناه انه اذا لم يكن جايز البيع لوجب ان يكون للبايع لما ذكرنا انه مستقل من حيث انه معد للفصل فكيف وفيه جهة اخري الاستقلال وهو كونه جايز البيع قوله او من صفقة في صفقة اي بكلمة او لوقعا في النكتة الثانية لان اعادة النخيل واجازته لا يتحقق فلا يكون فيه صفقتين في صفقة قوله وكذا اذا تناقص عظما وباع بشرط الترك عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما لما قلنا من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما لما فيه من زيادة جودة وطراوة قوله لانه شرط فيه الجزء المعدوم يعني من مال البايع سوي المبيع وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ايضا فكانه ضم المعدوم الي الموجود فاشتراها فكان باطلا فان قيل يشكل هذا بما اذا اشتري عبدا علي انه عشرة بعشرة دراهم كل ثوب بدرهم فاذا هو تسعة جاز البيع بقدره وله الخيار وفيه ضم الثوب المعدوم الي الموجود وقد مر وجهه في الكتاب وايضا لو كان الجزء المعدوم من مال البايع علي تقدير وجوده لكان ينبغي ان لا يسلم للمشتري فيما اذا اشتراها مطلقا وبا ينكل انه يسلم له الا انه يتصدق اذا كان الترك لا باذن البايع ويطيب له ان كان باذنه وايضا لو اذا كان الجزء المعدوم سالما للمشتري عند الوجود اذا اشتراها مطلقا لم يكن اشتراطه لنفسه علي خلاف مقتضي العقد فينبغي ان لا يفسد البيع ثم اشتراط بقايه علي النخيل فاسد اما اشتراط الجزء المعدوم الذي يسلم للمشتري من غير اشتراط فلا اجيب بان قوله من مال البايع متعلق بحصول المقدر اي شرط حصول الجزء المعدوم من مال البايع وليس بصفته علي معني شرط المعدوم الذي هو من مال البايع فسقطت النكتة الثانية والثالثة لان الثانية مبنية علي ان يكون قوله من مال البايع صفة وهو ممنوع وان اشتراط الجزء المعدوم لنفسه علي تقدير وجوده ان لم يكن شرطا فاسدا فاشتراط حصوله من مال البايع ببقايه علي الشجر شرط فاسد لا محالة واما الاولي فلان الضم الموجود المعدوم الي الموجود منسد غيران البايع في مسلة العدل ما ضم المعدوم بل باع الموجود بظن انه بقدر معين لكنه تبين انه لم يكن بذلك المقدار وبهذا لا يصير تابعا للمعدوم قوله وقيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها لانه عليه السلام نهي عن بيع المحاضرة وانه ان باع الثمار قبل ان يبدو صلاحها وهي خضر ويدخل ايضا في المحاضرة بيع الرطاب والبقول ونهي عن بيع الثمر قبل ان يزهو وزهوه ان يحمر ويصفر ونهي عن بيعه قبل ان يشقح والتشقح هو الزهو ومعناه حتي يامن العاهة والاول اصح لانه مال متقوم لكونه منتفعا في ثاني الحال فصح كبيع الجحش والمهر ان يقول انه وان كان منتفعا به في ثاني الحال

انما يباع بشرط القطع وعند القطع لا يبقى منتفعا به قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة اي لجهالة المدة فان قلت
مثل هذه الجهالة لا يمنع عقد الاجارة الا يرى انه لو انقضت مدة الاجارة والزرع بقل يترك باجر المثل ويحكم بثبوت
عقد الاجارة الى وقت الادراك مع ان المدة مجهولة قلت الجهالة في نفسها مفسدة للاجارة فيجاب في صورة
انقضاء مدة الاجارة انما ابقينا عقد الاجارة بينهما باجر المثل دفعا للضرر عن المستاجر لان الزارع وقع لحقه فلو امرنا
بالقطع اضررناه فتركناه كذلك في يده باجر المثل رعاية للجانبين واثبتنا عقد الاجارة لمكان الضرورة ولا ضرورة
فيما اذا اشترى الثمرة وهو بقل فلم تتحمل هذه الجهالة فيه قوله لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة
اي لعدم مثل المجموع وذلك ان الاجارة شرعت بخلاف القياس بمقتضى الحاجة المتعارفة الغالبة الوقوع فاذا
انتفت الحاجة المتعارفة بطلت ويشكل بان اجارة الكلأ فاسدة لا باطلة حتى يملك الآجر الاجرة وينفذ عتقه
فيها مع انه لا تعارف باستيجار الكلأ ولا حاجة اليه ايضا لانه يوجد مباحا كما لا حاجة ولا تعارف في استيجار
الشجر فالقول بكون اجارة الاشجار للثمر باطلة واجارة الكلأ فاسدة مشكل ومسألة الاجارة الكلأ مذكورة
في النهاية في باب البيع الفاسد عند قوله ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها قوله ويستثنى منها ارطالا
معلومة فيه اشارة الى ان المستثنى لو كان رطلا واحدا يجوز لانه استثناء القليل من الكثير بخلاف
الارطال لجواز ان لا يكون الا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل كذا في الحاشية قلت التعليل
المذكور في الكتاب من قوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول لا يوجب التفرقة بين استثناء الارطال
والرطل الواحد لجواز ان يبقى الباقي مجهولا بعد الاستثناء ام لا ادري بمعنى انه مجهول بجهالة مفضية الى
المنازعة فالبائع يسلم الاردأ والمشتري يطالب الاجود ثم المصنف رحمه الله اطلق الرواية ولم يقيد بان
البيع في الثمر على رؤس النخيل او في تمر مجذوذ وما ذكر في شرح الطحاوي يدل على ان الحكم فيهما سواء
فقال واذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا
موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا منها يجوز وروى الحسن بن زياد انه لا يجوز كما قال الطحاوي في
الكتاب قوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول فيفضي الى المنازعة لان المشتري يطالب بالاجود
والبائع يسلم الاردأ كذا في الحاشية وفيه نظر لان هذا يقتضي ان لا يصح بيع قفيز من صبرة ايضا
لان المشتري يطالب بالاجود والبائع يسلم الاردأ فيفضي الى المنازعة وسيجيء انه جائز الا ان يقال
هذا التعليل المذكور في الحاشية محمول على ما اذا كانت الثمار مختلطا جيدها مع رديها وفي هذه
الصورة لا نسلم ان بيع قفيز من الصبرة جائز وقيل معنى الجهالة ان المستثنى منه غير معلوم بقاؤه بعد
الاستثناء اي يحتمل ان يبقى وان لا يبقى قوله لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز
استثناؤه من العقد وفيه بحث لان ايراد عقد البيع على البناء وايراد عقد الوصية على الخدمة
جائز مع ذلك لا يصح استثناء البناء من بيع الدار ولا استثناء الخدمة من وصية العبد والجارية حتى لو اوصى

استثناء الرطل الواحد ايضا معناه هل سوى نقد ع

بجارية

بجارية واستثنى حملها صحت الوصية ويبطل الاستثناء ويستحق الموصى له الجارية مع حملها واجيب عن غير
فصل البناء في بعض الحواشي بان الاستثناء تصرف في اللفظ والبناء في الدار يدخل معنى لا لفظا لان
الدار في الحقيقة اسم للعرصة دون البناء ولهذا يقال دار غامرة فعدم جواز الاستثناء بهذا المعنى وفيه
نظر لان استثناء الحمل من الجارية صحيح بحكم الاصل الذي ذكره في الوصية مع ان الجارية لا تتناول الحمل
لا كتناول الدار البناء على انه قد سبق ان اسم الدار يتناول للعرصة والبناء فاذا كان متناولا للبناء ينبغي
ان يصح استثناؤه الا ان يقال بان الحمل كجزء من الجارية حتى يتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وينفصل
عنها بالمقراض فكان يتناول اسم الجارية اياه كتناول يدها ورجلها فصح استثناؤه لكونه داخلا فيه لفظا
كما صح استثناء اليد منها في قولهم ضربت الجارية الا يدها فبان الحمل مما يصح ايراد عقد الوصية عليه فصح استثناؤه
منه بخلاف اليد والرجل اما البناء فليس بجزء من الدار اصلا فلا يتناوله لفظ الدار اصلا فلا يصح استثناؤه
واما ما سبق من ان اسم الدار يتناول العرصة والبناء فمعناه يتناول العرصة لفظا والبناء تبعا ولا بد لصحة
الاستثناء من التناول لفظا واجيب عن فصل البناء في الشاعات في كتاب الشفعة بانه انما يجوز ايراد العقد
على البناء بشرط القلع وعند ذلك يصير اصلا اما ايراد العقد عليه وهو تبع فلا يجوز لانه بمنزلة العين من
العبد فلا يصح استثناؤه وفيه نظر لانه لو صح استثناؤه لصح بشرط القلع ايضا تفريغا لملك المشتري
وايراد العقد عليه بشرط القلع جائز فكذا استثناؤه بذلك الشرط وجوابه ان الاستثناء لو صح لصح من حيث
انه داخل في الدار تبعا للقطع بعدم دخوله فيه قصدا فيكون الاستثناء على اعتبار كونه تابعا وعلى اعتبار
التبعية لا يصح ايراد العقد عليه ابتداء بل ايراده عليه على اعتبار كونه اصلا بالقلع واما الجواب عن
فصل الخدمة فسيأتيك ان شاء الله تعالى ثم الظاهر ان المراد بالاصل المذكور هو ان كل جزء من الشيء يصح افراده
بالعقد يصح استثناؤه والا فلا يرد البناء والخدمة اذ البناء ليس بجزء من الدار اذ هي اسم للعرصة والبناء
وصفها وكذا الخدمة ليست بجزء من الجارية وسيأتيك زيادة تحقيق في باب الوصية قوله وبيع قفيز
من صبرة جائز فكذا استثناؤه فان قلت جواز الاستثناء لا يقتضي ان لا يفسد بمفسد اخر وقد وجد
المفسد هنا وهو احتمال ان لا يوجد الا هذه الارطال المستثناة فيعرى العقد عن الفائدة او الجهالة
المفضية الى المنازعة وهو ما ذكرت ان البائع يسلم الاردأ والمشتري يطالب الاجود اجيب
بالالتزام ان الكلام فيما اذا تيقنا بوجود الباقي بعد الاستثناء وفيما اذا كانت الثمار كلها جيدة او ردية
اما اذا كانت مختلطا جيدها مع رديها فلا نسلم جواز الاستثناء حينئذ وفيه بحث حيث لا يبقى حينئذ
اختلاف بينهم ان البيع مع استثناء ارطال معلومة فيما اذا كانت الثمار كلها جيدة او ردية مع التيقن بوجود الباقي
بعد الاستثناء جائز بالاتفاق وفيما اذا كانت الثمار مختلطا جيدها مع رديها او كانت بحيث لا يعلم بقاء
الباقي غير جائز بالاتفاق ولفظ الكتاب صريح بتحقق الاختلاف اللهم الا ان يجعل قوله ينبغي الى اخره تنبيها على

دار غامرة ع

ان ما ذكرت انه لا يجوز ان سع ثمرة ويشترط منها ارطالا معلومة ليس على اطلاقه قوله ولنا
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن
العاهة تمسك باخر الحديث وهو قوله حتى يبيض حتى يرس فانه يدل على جواز البيع بمجرد الزهو والابيضاض
ولهذا جنبه بكونه في القشر وكون هذا الحديث متروكا في حكم الصدر بدليل اقوى منه لا يوجب تركه في حكم
الغاية ولا معارض له فيه قوله والنخب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير فان قلت بيع
الحب في القطن لا يجوز اجيب بان الحب والزكاة موجود في القطن كالحنطة في سنبلها حقيقة غير
موجود اسما حيث لا يقال له الحب بل يقال له القطن اما اسم الحنطة فيطلق عليه وهي في سنبلها فكانت موجودة
من كل وجه فصح بيعه اما الحب في القطن وكونه موجودا حقيقة يقتضي ان يصح بيعه وكونه معدوما اسما يقتضي
ان لا يجوز فقلنا بانه لا يصح بالشك او بالاحتياط اذ الاحتياط في فساد البيع قوله حتى لو باع بخلاف جنسه
جاز والظاهرات الجواز عند الشافعي غير مسلم ولكنه لما كان جائزا عندنا لم يكن حجة علينا فلا يقبل الفكاك
عليه اذ الحكم ممنوع عندنا قوله نسخه اذ لا ينتفع به بدونه فان قلت الطريق لا يدخل في بيع
الارض واحد نوعي المتراض لا يدخل في بيع الاخر مع انه لا ينتفع بالارض الا بالطريق حتى يدخل
في اجارة الارض من غير ذكره ولا ينتفع باحد نوعي المتراض الا بالاخر اجيب بانه قد ينتفع بالارض
بدون الطريق بان ياخذ بها ارضا اخرى بالشفعة واحد زوجي المتراض ليس بتابع للاخر حتى يدخل في
بيعه اذ الشيء انما يدخل في بيع غيره بشرط التبعية

باب خيار الشرط

لما ذكر احكام البيع العلة التامة وهي العلة اسما ومعنى وحكما شرع في بيان الناقصة وهي العلة اسما ومعنى
لا حكما ونقول البيع نوعان لازم وغير لازم فاللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرايطه وغير اللازم ما فيه
الخيار ا وبعضه خيار الشرط وخيار الروية وخيار العيب وخيار التعيين فقدم اللازم لاصالته ثم
قدم خيار الشرط على ساير الخيارات لتقدمه عليها لان خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم وخيار الروية يمنع تمام
الحكم وخيار العيب يمنع لزوم الحكم ثم الموانع خمسة ما يمنع اصل العلة كانقطاع الوتر واضافة البيع الى
الحر وما يمنع تمام العلة كاصابة السهم حايطا واضافة البيع الى مال الغير وما يمنع ابتداء الحكم كدفع
السهم بترس وخيار البايع وما يمنع تمام الحكم كمداواة المجراحة وخيار الروية وما يمنع لزوم الحكم كصيرورة
المجروح صاحب فراش متطاولا حتى امن من الموت وخيار العيب كذا في الشرح فان قلت قد ذكر الاصوليون
في الوجه الفاسد في بيان ان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا ما يخالف المذكور ههنا حيث قالوا ان
الشرط حايل بينه وبين المحل فبقي غير مضاف اليه وبدون الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا كالرمي فانه
لا ينعقد سببا للقتل اذا حال بين السهم والمرمي اليه ترس او حايط فهذا تصريح بان حيلولة الترس يمنع
انعقاد العلة لعدم الاتصال بالمحل وما ذكره الشارح يقتضي ان العلة قد انعقد ولكن حيلولة الحايط

احد زوجي المتراض لا يدخل في بيع الاخر ولكن لا يدخل احدهما في بيع الاخر لعدم التبعية فان كل منهما مثل الاخر والشيء انما يدخل في بيع غيره بشرط التبعية

يمنع تمام العلة وحيلولة الترس يمنع ابتداء الحكم فما وجه التوفيق قلت وجهه ما ذكر بعض المحققين
ان الرمي يصير علة في حق المباشر بمجرد الصدور منه لانه لا يصير جانيا حتى لو ربي الى انسان خطا
فكفر قبل الوصول اليه يصح وفي حق المحل لا يصير علة قبل الوصول لان المحل بتاثر عنه لا قبله فما ذكروا
في تقسيم الموانع محمول على طرف المباشرة وما في الوجه الفاسد محمول على طرف المحل قوله
خيار الشرط جايز مطلقا اي وقت العقد وبعده وقوله في البيع احتراز عن السلم والصرف فان شرط
الخيار فيهما غير جايز ومطلق البيع يقع على بيع السلعة بالثمن او بالسلعة فصح الاحتراز عن الصرف
والسلم بلفظ البيع قوله وانما جوزناه بخلاف القياس قلت فلجوز ابو حنيفة الخيار في الخلع من
جانب المراة فلو كان جوازه في البيع بخلاف القياس لم يثبت في غيره بالقياس عليه والدلالة وان
كانت تجري في ما ثبت بخلاف القياس ولكن بشرط ان يكون غير المنصوص مثل المنصوص من كل
وجه ولا مماثلة بجميع الوجوه بين البيع والخلع لان احدهما مبادلة المال بالمال يجري فيه الربح والغبن
دون الاخر لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة ولتنتفت الزيادة ولانه لا يكون للتقدير فايدة وما
نص عليه الشرع لا يخلو عن فايدة والجواب من الائمة ليس فيه بيان انه كان خيار الشرط ولعل المراد
خيار الروية او خيار العيب وما ذكره محتمل فلا يترك بالمحتمل كذا في الشافعي واعترض عليه بان التنصيص
على الشيء لا يقتضي نفي ما عداه وان كان مقرونا بالعدد فلا يكون في الحديث دلالة على انتفاء الزيادة
فيجوز ان يثبت الزيادة بالاثر على ان قوله ولي الخيار ثلثة ايام نص الشيخ ابو ذكريا ان هذه الزيادة
لم يثبت عن النبي عليه السلام فلا يقوم به الاستدلال وبانه لو حمل الاثر على خيار الروية او العيب لم يكن
لقوله الى شهرين فايدة واجيب عن الاول بان التنصيص لا يدل على نفي ما عداه الا اذا دل الدليل وهو
ان التقدير الشرعي يمنع الزيادة والنقصان كما في الحدود او احدهما كما في مدة الحيض وهنا لا يمنع النقصان
بالاجماع فيمنع الزيادة ولا يلزم خلو التقدير عن الفايدة وعن الاخيرتين الى في قوله الى شهرين يحتمل ان
يكون يعني بعد اي اجاز خيار الروية او العيب بعد مضي شهرين من وقت العقد ويحمل على حكاية الفعل
كان رجلا اشترى شيئا ولم يره او اطلع على عيب فيه بعد مضي شهرين فاثبت ابن عمر رضي الله عنه له الخيار
بحكم الروية او العيب فلا يطلب لقوله شهرين فايدة انما يحتاج الى اخراج الفايدة له اذا لم يحمل على
الفعل بل على الحكم المطلق فتامل وقد اجيب عن الاثر بانه دون الخبر فلا يعارضه وفيه نظر لان
المروي عن الصحابة اذا لم يعقل معناه فهو كالمروي عن رسول الله عليه السلام يجوز ان يعارضه صرح بذلك
المصنف رحمه الله في اول كتاب الديات حيث قال وابن مسعود قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع
فنعارض به اي باثر ابن مسعود رضي الله عنه كالمرفوع لكونه غير معقول المعنى فيعارض ما رويناه من
الحديث باثر ابن مسعود فعلم تصريح بان الاثر اذا كان غير معقول المعنى فهو كالخبر يعارض الخبر في غاية

بانه هناك يقال ان الخبر يدل على انتفاء الزيادة والنقصان ولكن النقصان جائز بالاجماع ثم لما اقتضى هذا الحديث انتفاء الزيادة واقتضى الاثر جوازها تعارضا فاخذنا بالاقل المتيقن وهو ثلثة ايام او رجعنا الى القياس وهو ان شرط الخيار انما جوز للابلاء العذر والثلث هو المعتبر فيه على ما عرف في غير موضع وما ذكر الشيخ ابو زكريا من ان هذه الزيادة وهي قوله ولي الخيار ثلثة ايام ليست بثابتة من النبي عليه السلام فقد قال ابن التركماني من ان حديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين لم اره فاستوى الحديث والاثر في التضعيف **قوله** ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع **فان قلت** لا نسلم بل باعتبار اشتراط الخيار النقد في اليوم الرابع وقد وجد الاشتراط في الحال فلا يتوقف الفساد على وجود اليوم الرابع اذ المفسد هو اشتراط الخيار فوق ثلثة ايام لا وجود الزيادة **اجيب** بان اشتراط الخيار انما يفسد العقد لانه يوجب الخطر والبيع يفسد بالخطر لكن الخطر في الايام الثلثة عفو فكان المفسد هو الخطر في اليوم الرابع ولم يوجد بعد فلا يفسد لا يقال ليه الفساد من حيث انه شرط لا يقتضيه العقد وهذا الشرط يتحقق بمجرد الاشتراط قبل دخول اليوم الرابع فيجب ان يفسد قبله **لانا نقول** بان شرط الخيار قد صار متعارفا والمتعارف من الشرط ليس بمفسد فلم يبق للفساد وجه الا الخطر وخطر الايام الثلثة عفو فيكون المفسد هو خطر اليوم الرابع والا يتحقق قبل وجوده فيتوقف الفساد عليه فعلى هذا معنى قوله باعتبار اليوم الرابع اي باعتبار الخطر الثابت في اليوم الرابع والله اعلم **قوله** والاصل فيه ان هذا في معنى شرط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ **فان قلت** هذه الحاجة يقتضي باشتراط الخيار ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ البيع في ثلثة ايام حتى يجوز بيعه من غيره **اجيب** بالمنع اذ الغرض الذي شرع له هذا النوع من البيع لا يحصل بشرط الخيار ثلثة ايام حتى يكتفي به وذلك انه لدفع ضرر المماطلة عن النقد والمماطلة عنه انما يظهر بعد وجوب الثمن وتوجه المطالبة واذا كان الخيار للبائع فالثمن لا يدخل في ملكه ان كان عينا ولا يجب عليه ان كان دينا فلا يتصور اشتراط الخيار لاجل الفسخ عند المماطلة فلا ينقضي هذه الحاجة فلا بد من شرعية هذا النوع من البيع **واجيب** بالزيف بان الضرورة باقية لان على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يملك الفسخ الا بحضرته وعسى لا يقدر على الفسخ بحضرته هذا لوظه **فان قلت** فما الوجه على قول ابي يوسف رحمه الله وانه يجوز الفسخ في خيار الشرط بغير محضره **اجيب** بان ابا يوسف رحمه الله اخذ في الموضعين اي في شرط الخيار وهذا النوع من البيع بالنص ولا يقول بالحاق الثاني بالاول فلا يحتاج على قوله الى بيان الغاية لان ما يثبت بالنص واجب القبول سواء عقل معناه او لا نعم يشكل ما ذكر الشارح بوجهين احدهما ان الحضور انما يشترط للفسخ بالقول اما الفسخ بالفعل مثل ان يعرضه للبيع او يتصرف فيه تصرف الملاك فلا يتوقف على العلم والحضرة فيمكن للبائع ان يفسخ البيع فعلا بحكم الخيار اذا لم ينقد المشتري الثمن بغير محضره وجوابه ان الفسخ بالفعل ربما لا يتيسر للبائع اما الفسخ بالقول فتيسر على كل حال على انه ما يدل على اشتراط

شرح ... المشتري

قدوري عن محمد

الحضور في الفسخ بالفعل ايضا في المنتقى عن محمد رحمه الله ان البائع اذا عرض المبيع على البيع لا يبطل خياره وعلل فقال لان نقضه لا يجوز بغير محضر من المشتري والثاني انه ذكر في الفوائد الظهيرية انه اذا لم ينقد الثمن ثلثة ايام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ فاذا فسد البيع بعدم النقد لم يتمكن البائع من فسخه الا بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان حضرة الاخر شرط عندهما للفسخ في البيع الفاسد كما في البيع بشرط الخيار فلا يكون في هذا البيع فايدة الفسخ بغير محضره عند عدم النقد الا ان يمنع ما ذكر في الظهيرية على رواية الهداية فان ظاهر لفظه يقتضي ان ينفسخ العقد بمجرد عدم النقد في ثلثة ايام **قوله** عن المماطلة في الفسخ اي مدافعة المشتري في فسخ البيع او لم يشرط الانفساخ عند عدم النقد لاحتاج البائع الى الفسخ وعند ذلك المشتري ربما يماطله في الفسخ ولا يرضى به فيتضرر البائع باعتبار عدم استبداده بالفسخ فجوز البيع بهذا الشرط دفعا للضرر عن البائع وتمكينا له من الفسخ ان احتاج اليه **قوله** فيكون ملحقا به **فان قلت** او يكن به حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتى مضت المدة ينفسخ البيع فاني يكون في معناه **قلنا** الاعتبار في كون شيء بمعنى اخر لما هو المقصود منهما لا لمعنى زايد ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيرا في الايام الثلثة بين الفسخ والاتمام وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع جوز شرط الخيار لهذا المقصود فالحق به ما هو في معناه في ذلك المقصود كذا في الشرح **فان قلت** كيف يحصل هذا المقصود بهذا الشرط والبائع بهذا الشرط لا يتمكن من فسخ البيع في المدة **اجيب** بان البائع ان لم يتمكن منه فالمشتري يتمكن منه بان يترك النقد فتركه امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء ولو اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن ثلثة ايام فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير كالبيع بشرط الخيار للبائع فظهر ان اشتراط الانفساخ على تقدير عدم النقد بمنزلة شرط الخيار للمشتري واشتراطه على تقدير رد الثمن كشرط الخيار للبائع فثبت ان المقصود بهذا الشرط ما هو المقصود بشرط الخيار **قوله** وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل اي في شرط الخيار بالاثر وهو حديث ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار في البيع الى شهرين وفي هذا اي في شرط الانفساخ على تقدير عدم النقد بالقياس او اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلثة ايام بالاثر اي باثر ابن عمر رضي الله عنه فانه روي انه باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بيننا وفي هذا اي في الزايد على الثلث بالقياس لانه لم يرد فيه نص والقياس يقتضي عدم الجواز لان هذا بيع وشرط وقد نمي عنه قال الشارح وهذا الوجه اي الوجه الثاني اولى في تفسير ابي يوسف رحمه الله لانه ذكر في المبسوط في الفرق فقال ان القياس ما قاله زفر فان هذا الشرط ليس في الحكم نظير شرط الخيار ولكنا تركنا القياس في ثلثة ايام بقول ابن عمر ففيما زاد على ذلك اخذنا بالقياس **قلت** ولقائل ان

يونس رحمه الله اقضية الموضعين بالنص ولم يجعل شرط الخيار اصلا لاشتراط الانفساخ على تقدير عدم النقل اذ لو كان الحكم في هذا بالقياس على خيار الشرط لما اختلف حكمهما عنده فلما لم يكن شرط الخيار ملحقا به على قوله لا يستقيم تسميته اصلا والاحرى ان يكون المراد به من الثلاثة وانما سمي الثلاثة اصلا لاتفاقهم على جوازه قوله الا انه تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم بالخيار فان قلت هذا السبب قد يتم بدون المراضاة كبيع المكره فانه يترتب التسليم حتى يملك ملكا فاسدا عند علمائنا الثلاثة ولا مراضاة ثمة اجيب بالتزام ان بيع المكره ايضا غير تام لفوات المراضاة غير ان عدم المراضاة لما كان في بيع المكره باعتبار امر خارج لا بنفس ما هو في العقد اثر في انعدام وصف الحكم وهو الصحة ولم يؤثر في اصل الحكم وفي البيع بشرط الخيار عدم المراضاة بنص قايم في العقد فيكون اقوى من الاول فيؤثر في اصل الحكم فان قلت قد ذكروا في تقسيم الموانع ان خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم وهو يشير الى انه لا يمنع تمام العلة لانهم ذكروه بمقابلة ما يمنع تمامها وقوله ولا يتم مع الخيار يدل على انه يمنع تمام العلة اجيب بان المراد بتمام السبب هنا ان يكون سببا اسما ومعنى وحكما وذا لا يكون الا بالمراضاة ولا مراضاة مع الخيار فلا يتم السبب معها وما ذكروا في تقسيم الموانع من ان العلة تامة والخيار يمنع ابتداء الحكم فالمراد به التمام بمعنى انعقاده للحكم قوله لاجتمع البدلان في ملك واحد حكما للمعاوضة هذا احتراز عن الضمان في غصب المدبر حيث اجتمع البدلان هنا في ملك واحد فان الغاصب لو غصب المدبر وابق من يده يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملكه فكان المدبر وعوضه وهو الضمان مجتمعين في ملك المدبر ولكن ذلك ضمان جناية لا معاوضة وانما لم يثبت الملك للغاصب في المدبر صيانة لحق المدبر فانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك وكان ضمان جناية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى صح البيع ويجب ان لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة كذا في الشرح قلت قد ذكر الامام فخر الاسلام رحمة الله عليه في ضمان المدبر طريقين احدهما انه يزول عن ملك المولى لكونه مالا مملوكا تحقيقا لشرط الضمان ولا يدخل في ملك الغاصب صيانة لحقه والثاني ان ضمان المدبر جعل مقابلا بالفائت وهو اليد دون الرقبة وهذا اي جعل الضمان مقابلا بتفويت اليد طريق جايز لكن لا يصار اليه عن المقابلة بالرقبة الا عند العجز والضرورة فالطريق الاول اي مقابلة الضمان بالرقبة واجب وهذا اي جعل الضمان مقابلا بقطع اليد جايز كذا في البزدوي وحواشيه ثم ذكر الشارح ان هناك يجتمع البدلان في ملك واحد لا يكاد يستقيم على الطريق الاول لان المدبر على الطريق الاول يخرج من ملك المدبر فلا يجتمع في ملكه المدبر وعوضه ولا على الثاني لان البدل على الطريق الثاني هو اليد وهو غير ثابت للمدبر فلا يجتمع البدلان في ملكه ايضا ثم غاية ما يمكن ان يقال هنا ان المراد باجتماع البدلين في ملك واحد ثبوت الملك لاحد المتعاقدين

في احد البدلين وعدم ثبوت ملك الآخر في البدل الآخر لان اجتماع البدلين في ملك يستلزم ذلك فذكر الملزوم واراد اللازم وذلك ان حمل الكلام على الحقيقة غير مستقيم فيما اذا كان الثمن دراهم او دنانير لانهما لا يتعينان في العقود وما في ملك المشتري من الدراهم المعينة ليست ببدل لعدم تعينه فلا يستقيم في حق الصورة الاولى باجتماع البدلين في ملك على تقدير دخول المبيع في ملكه فلا بد وان يراد ما ذكرنا وعلى هذا قوله حكما للمعاوضة احترازا عن غصب المدبر لان هناك يثبت الملك لاحدهما دون الآخر غير انه ضمان جناية لا معاوضة وضمان الجناية للجبر فيستدعي الفوات ونحن نقول بان المدبر يخرج من ملكه اما ضمان المعاوضة فيعتمد المساواة والمساواة لا بان يملك كل واحد من المتعاقدين العوض فان قلت جاز ان يفوت المساواة في عقد المعاوضة اذا وجد دلالة الرضا بفواته الا يرى انه لو باع عبدا للمشتري يملك العبد بالقبض والبايع الثمن لانه لما باعه مع علمه بانه لا يملك بالبيع فقد رضي بفوات المساواة كذا هنا لما شرط الخيار للمشتري مع علمه بان زوال الملك لا الى احد غير معهود فقد رضي بثبوت الملك للمشتري وعدم ثبوت الملك له في البدل اجيب بانا لا نسلم ان مثله غير معهود فقد ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله انه يجوز ان يخرج الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة بالديون تزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة فان قلت قد صرحوا بان التركة يبقى على حكم ملك الميت عند قيام الديون عليها لحاجته الى قضايها اجيب بانه لو اعتبر الملك الحكمي فذلك موجود فيما نحن فيه لان المبيع يدخل في ملك المشتري نظرا الى الدليل وهو البيع قوله فيفوت النظر فان قلت فليثبت الملك للمشتري ولكن لا يجوز الخيار للمشتري وحده اذا كان المشتري قريبه كما هو مذهب الشافعي رحمه الله فانه لا يجوز شرط الخيار للمشتري وحده اذا كان المشتري يعتق عليه بالملك لان اثبات الخيار يفضي الى بطلانه اجيب بان النص يقتضي جواز اشتراط الخيار مطلقا ومن ضرورته عدم ثبوت الملك للمشتري وذلك انه لو ثبت له فات لم يجز اشتراط الخيار له وهو اذا كان المشتري قريبه فذلك خلاف اطلاق النص والمعنى الذي شرع الخيار له وهو دفع الغبن فانه يحتاج الى دفعه فيما اذا كان المشتري قريبه ايضا وان جاز ان لم يفد الخيار فايدته فلا بد من القول بثبوت الخيار عملا باطلاق النص وتحقيقا لدفع الغبن وبعدم دخول المشتري في ملكه تحقيقا لفايدة الخيار ثم لقايل ان يقول الفايدة تطلب في الاعم والاغلب لا في كل جزئي فلا يبالي بتخلفه في بعض الصور على الندرة والشذوذ الا يرى انه لا يتصور فايدة الخيار فيما اذا حلف بعتقه لو اشتراه بان قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه بشرط الخيار فانه يعتق عليه ولا يبطل اشتراط الخيار كما لا يبطل اذا اشترى قريبه عندهما قوله ومنها عتق المشتري على المشتري اذا كان المشتري قريبا له في مدة الخيار وقد يقال لا بد للعتق من ملك متقرر الا يرى ان الوكيل اذا اشترى قريبه لا يعتق عليه بالاتفاق مع ان الملك يثبت له عند البعض وانما لا يعتق لان ملك الوكيل غير متقرر لكونه في معرض الانتقال الى الموكل فينبغي

ان لا يعتق التعيب على المشتري بالخيار ايضا لان ملكه غير متقرر قوله وجواب مسايلة في الوكالة لرشاد
الله تعالى قوله لانه كالمشتري للعتق بعد الشراء اي كانه قال بعد الشراء انت حر فان قلت لو
كان كالمشتري للعتق بعد الشراء لعتق ما حلف عليه بالشراء من الكفارة قلت انما جعلناه كالمشتري بطريق
الاقتضاء والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها كذا في الحاشية اويقال انه ان كان مشتريا للعتق من حيث
انه اختاره عند وجود الشرط بالتعليق السابق فهو غير مشتري له من حيث انه يثبت عند وجود الشرط
جبرا عليه فاعتبرنا معنى الاختيار في سقوط الخيار ومعنى الجبر في الكفارة عملا بالجهتين ثم الكفارة لما كانت
عبادة وهي لا تتادى الا بالقصد والاختيار وبناها على الاحتياط قلنا انه لا يتادى بما فيه شبهة الجبر اما
سقوط الخيار فلا يتعلق بالقصد حتى انه يسقط بالعيب ومضي المدة جبرا عليه وليس مبناه على الاحتياط
ايضا فاعتبرنا فيه معنى الاختيار وان كان فيه معنى الجبر من وجه وفي الشرح جعلناه كالمشتري ليصح قوله
فهو حر اما لا يقع من الكفارة لان استحقاق الحرية قد يثبت له وقت اليمين فصار كمن اعتق المدبر ناويا عن
الكفارة فانه لا يجزي عن الكفارة لثبوت استحقاق الحرية قبل هذا انظر وفيه نظر اما اولا فلان المحلوف
عليه يعتق اذا استحق الحرية وقت اليمين استحقاق المدبر اياها لا متنع بيعه وهبته كالمدبر وليس كذلك وهذا
لان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا قبل وجود الشرط ولا استحقاق بدون انعقاد السبب واما ثانيا فلانه
لو عتق المحلوف عليه يعتقه قبل نزول الشرط ناويا عن كفارته يجوز فلو ثبت له استحقاق العتق وقت
اليمين لكان اعتاقه كاعتاق المدبر عنها والامر بخلافه وجوابه ان المعلق عتقه بالشراء قد استحق الحرية
بالشراء فلا يصح نية الكفارة بشراه اما المعلق عتقه بدخول الدار فلا يستحق عتقه الا بالنظر الى الدخول
فيصح نية الكفارة باعتاقه قصدا بخلاف المدبر فانه استحق العتق مطلقا فلا يجوز بيعه وهبته واعتاقه
عن الكفارة قوله وعندهما يجب لانه اذا ردت بعد القبض يعني اذا ردت قبل القبض فانه لا يجب
قياسا واستحسانا فاما بعده فيجب قياسا لا استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه غير متقرر كذا في الحاشية
المعلق بعلامة الناقصات وذكر في شرح الطحاوي وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على
البايع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب وان كان الرد بعد القبض يجب على البايع الاستبراء
قياسا واستحسانا واجمعوا ان العقد لو كان تاما ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس
ان يجب على البايع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب
قياسا قوله واذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصيرام ولده هذا اما محمول على ما قبل
القبض اي ولدت في مدة الخيار قبل القبض او على ان قوله في المدة ظرف لقوله لا تصير اي اذا
ولدت المشتراة بالنكاح لا تصيرام ولده في مدة الخيار وانما اضطررنا الى هذا التكلف لما ان الرواية
منصوصة في المبسوط بقوله اي اشترى جارية على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت عنده فقد انقطع

حق م

وهذا ذكره الكاتب

واستحسانا صح

وكسرا كذاك وهذا

خيار لانها تعيبت بالولادة هذا حاصل الشرح ولا يخفى ان جعل قوله في المدة متعلقا بقوله لا تصيرام ولد
تكلف مع ما فيه من الفصل بين العامل والمعمول بالاجنبي وهو قوله بالنكاح والفصل بينهما بالظرف وان
جاز فلا شك انه خلاف الاصل على انه لا يخفى عن المحل على ما قبل القبض فلا فايدة فيه وفي النافعات والولادة
وان كانت عيبا في الجارية الا ان هذا عيب حصل برضا البايع حيث اقدم على انكاحها فلا يلزم البيع وهذا اذا
الولادة قبل القبض لانها لو ولدت بعده يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري بالاتفاق وتصيرام ولده لم الخط
قلت ترتب عدم لزوم البيع على كون الولادة عيبا برضا البايع فيجب ان لا يلزمه بعد القبض ايضا لوجود
رضاه وليس كذلك كيف ورضاه بالعيب لا يربو على تعيبه بفعله والمبيع اذا انتقص في يد المشتري بفعل
البايع نقصانا يسيرا او فاحشا بطل خياره ولزم البيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا ان يقال الولادة لها
جولب عما يتوهم وروده وهو ان الاولاد بالنكاح تعيب من المشتري وتعيبه قبل القبض او بعده يسقط الخيار
بالاتفاق وتقدير الجواب انه ان كان تعيبا من المشتري فهو تعيب منه برضا البايع حيث اقدم على انكاحها
فكانه تعيب من البايع ولو عيبها قبل القبض بنفسه لا يسقط خياره فكذا تعييب المشتري برضاه ولكن هذا
غير مستقيم لانه لو نقصا عيبها وقطع يدها برضا البايع لزم البيع فعلم ان رضاه بالتعيب لا يؤثر في
عدم لزوم البيع بل الجواب ان الولادة وان كانت تعيبا من المشتري فتعيبه انما يوجب لزوم البيع
من حيث انه استيلاء فيصير به قابضا وحدوث العيب بعد القبض يمنع الرد والولادة ليست باستيلاء
انما هي حدوث عيب فلا يلزم به البيع قبل القبض ويلزم بعده قوله ثم لو دعه عند البايع فهلك في
يده في المدة التقييد بقوله في المدة اتفاقي لان الحكم لا يختلف بالهلاك في المدة وبعدها فعنده لو هلك في
المدة او بعدها يهلك من مال البايع وعندهما من مال المشتري الا ان يقال قوله في المدة متعلق بقوله لو دعه
لا بقوله يهلك او يحمل الكلام على حذف المعطوف اي في المدة او بعدها قوله لانه ملكه عندهما وفيه
نوع تامل لما عرف ان العبد لا يملك لانعدام اهلية الملك له بل المولى يملكه ابتداء خلافا له قوله
كان الرد تمليكا بغير عوض فيه نوع اشتباه لما ان الرد بحكم خيار الشرط فسخ للعقد من الاصل فيعود الى
قديم ملك البايع وهذا ليس من التمليك في شيء ثم الرد بعد ما ملك لو كان تمليكا وجب ان لا يملك رد
الخمر اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض في متفرقات الرهن انه لو باع عصيرا فتخمر قبل القبض بقي البيع
ويخير المشتري لتغير وصف المبيع فصار كما اذا تعيب وذلك ان العصير يملك بالشري ثم ثبت بالتخمر لا يبطل الملك
مع انه يخير ان شاء رد وان شاء امسك فلو كان الرد بعد الملك تمليكا لم يصح رد الخمر بعد ما ملكها
اذ المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها قوله لانه ملكها فلا يملك ردها يشكل بمسئلة تخمر العصير المشتري قبل
القبض على ما ذكرنا اللهم الا ان يحمل على انه بقاء العقد بعد التخمر كما ذكر في بعض مواضع الكافي والسغناقي
اما على تقدير التسليم كما هو رواية كتاب الرهن فلا يشكل قوله انه تصرف في غيره فان قلت

الحاشي

كانت م

وسائر كتبه م

ذكر ان الساقي لا كان تمليكا ... لا ... مكر ... بالا ... م

فيجب ان يشترط رضاه ايضا لان التصرف في حق الغير كما لا يجوز بغير رضاه ايضا اجيب بان اشتراط الرضا
يجب الضرر عنه لا الخيار وبرفع فايدة اشتراط الخيار وبانه تصرف في حق نفسه من وجه وفي حق غيره من
وجه فاشترط علمه ولا يشترط رضاه عملا بالاعتبارين قوله وان فسخ لم يجز قلنا هذا اذا كان الفسخ
بالقول اما اذا كان بالفعل كما لو اعتق المبيع او وهب او آجر فلا يتوقف على العلم وذلك لانه لا بد من نفاذ
هذه التصرفات لمصادفته ملك البائع ومن ضرورة نفاذها انفساخ العقد والضرورات لا مرد لها فيجب القول
بثبوتها وان كان فيه احتمال الضرر لصاحبه لان الضرر انما يجب دفعه اذا امكن كما في الفسخ بالقول
اما اذا لم يمكن كان متحملا بالضرورة وهكذا ذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله انه اذا عرض المبيع للبيع
انفسخ البيع لان دلالة الفسخ لا تربو على حقيقته وحقيقته لا ينفسخ بدون علم صاحبه فبدلالته اولى قوله
والتحري عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما
اذا كان الخيار للبائع فان قيل لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يختفي الذي ليس من جانبه
الخيار حتى يمضي مدة الخيار فيلزم العقد لما ابى فيتضرر من له الخيار قلنا هذا الضرر انما لزم
من جانبه بتقصيره باخذ الكفيل لانه صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه كذا في الشرح فان
قلت اخذ الكفيل ايضا لا يفيد لاحتمال ان يختفي من الكفيل ايضا فلا يتمكن الكفيل من احضاره في
المدة فيلزم البيع شيا اوابى قلت لم يرد به الكفيل بالنفس بل اراد به ما ذكر في المحيط بقوله قال هشام
لمحمد رحمهما الله اشترى شيا على انه بالخيار ثلثة ايام فاختفى منه البائع كيف يصنع المشتري قال لو اراد
ان يتوثق ينبغي ان يقول للبائع حتى يقيم له كفيلا من جهة المشتري وبرضاه ان رد البيع ونقض
بخياره فرده يكون عليه جايزا وذكر في المحيط في موضع اخر قال هشام سالت محمدا عن رجل باع دارا
على انه بالخيار ثلثة ايام فتوارى المشتري في بيته اراد ان يمضي الثلث فيجب له البيع هل يرفعه
في هذا بالاعذار قال نعم ابعث اليه من ينادي على بابه فان ظهر والا ابطلت خياره الا ان يجي في الثلث
قلت فان لم يات الخصم حتى كان اخر الثلثة الايام اتاك في وقت لا تستطيع ان تبعث اليه من قبلك
الاعذار فسالك ان يبطل الخيار عليه قال لا افعل ذلك قلت فان قال الخصم اني قد اعذرت اليه
واشهدت فاختفى مني فاشهد لي بذلك قال اقول اشهدوا ان هذا قد زعم انه قد اعذر الى صاحبه في
الايام الثلثة كان ياتيه كل يوم فيعذر اليه فيختفي منه فان كان الامر كما قال فقد ابطلت عليه الخيار ثم
انظر فاذا امكن لمن له الخيار ان يرفع الامر الى القاضي ويدفع الضرر عن نفسه على هذا الوجه كان
اشتراط العلم والحضرة سببا لدفع الضرر البتة نعم لو لم يرفع الامر الى القاضي الى اخر الايام الثلثة
بحيث لم يتمكن القاضي في تلك المدة من الاعذار اليه لزمه ضرر بتقصيره فيكون ضررا مرضيا ثم قد يقال
لا ضرر لمن له الخيار عند غيبة صاحبه بلزوم البيع عليه جبرا لتمكنه من الفسخ بالفعل وهو لا يتوقف على

العلم ولكن هذا انما يتاتى اذا كان الخيار للبائع اذ المشتري لا يمكنه فسخ البيع بالفعل قوله فيما اذا كان
الخيار للبائع وقد يقال هذا الضرر انما يلحق المشتري فيما اذا كان البائع بالخيار اذا كان المشتري
قد قبضه فاما اذا لم يقبضه فليس هناك هذا الضرر اجيب بان الضرر غير منحصر على ما ذكر فبطلان
تصرفه من الاعتاق والتدبير نوع من الضرر والمشتري ربما يعتمد تمام البيع فيعتق المبيع من كفارته او
ظهاره فلو صح الفسخ بلا علم منه ظهر بطلان تصرفه اذا ثبت ان البائع كان قد فسخ البيع وفيه ضرر
على ما لا يخفى قوله ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة ولا يتصور انتقاله فان قيل قال عليه
السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيجب ان يورث قيل المراد بالحق هنا هو الحق الذي يقبل
الانتقال كخيار العيب والتعيين كذا في الشرح وفيه نظر لان خيار العيب والتعيين لا يقبل الانتقال
كيف والخيار مشية وارادة ولا يتصور انتقاله واما ثبوت هذين الخيارين للوارث فليس بطريق الانتقال
بل بطريق الابتداء كما يجي تحقيقه فلا يستقيم قوله كخيار العيب والتعيين تمثيلا للحق الذي يقبل الانتقال
ثم الظاهر في تقريب الجواب ان يقال ان النبي عليه السلام جعل للورثة ما ترك من الحق وقد دللنا
على ان الخيار لا يحتمل الترك حيث لا يحتمل البقاء بعد موته فلا يتناوله النص ثم قال الشارح فان قيل
قد يثبت الحق ارثا من المورث الى الوارث بدون ان ينتقل محل الحق اليه كما اذا مات ولي القصاص
ينتقل حق القصاص الى وارثه قلنا لا ينتقل بل يثبت ابتداء ليتشفى الصدر ولا يمكن ان يجعل الخيار
كالقصاص لان الخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط فلا يثبت في حقه اما
تشفي الصدر فامر يشتمل الكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد
ذهب التقديم فيخلفه من هو اقرب اليه لحلته كانت ثابتة للخلفية قبل موت المورث ثم انظر قلت هذا
يناقض ما ذكره المصنف رحمه الله في الجنايات من قوله فان عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه
على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع
الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون
السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم
وانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين
الصلبي وابن الابن فيثبت لساير الورثة واذا ثبت هذا للجميع فكل واحد منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط
صلحا وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى الى هنا
انظر فقوله حتى ان من قتل وله ابنان كان القصاص بين الصلبي وابن الابن تصريح بانه اذا مات
ولي القصاص يثبت القصاص لوارثه على سبيل الانتقال والوراثة دون الابتداء بعلة كانت ثابتة
للخلفية قبل موت المورث اذ لو كان الثبوت بطريق الابتداء لكان ينبغي ان لا يثبت القصاص لابن

الابن مع وجود الابن لتقدمه عليه كما لا يثبت ولاية التزويج للابعد مع الاقرب وهكذا ذكره في الذخيرة في الفصل السابع من كتاب الجنايات حيث قال والاصل قوله عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته ولم يفصل والمعنى فيه ان القصاص يجري فيه الارث فيرثه الرجال من ورثته قياسا على سائر الحقوق التي يجري فيه الارث وبيان انه يجري فيه الارث ان المقتول اذا مات احدهما وترك ابنا فما كان للميت الثاني يتحول الى ابنه بخلاف فصل الولاء فان الولاء مما لا يجري فيه الارث حتى ان المعتق اذا مات وترك ابنين ثم مات احدهما وترك ابنا فان ما كان للميت الثاني لا يصير لابنه بل يكون جميع الولاء للابن الباقي من ابني الميت الاول هذا كلامه فثبت بهذه الروايات ان ما ذكره الشارح محل تامل ثم يجوز ان يقال ان القصاص انما يورث لانه في معنى ملك العين لانه يملك به اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا الاتلاف وهو الاكل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص كذا في الجامع الصغير ذكره الشارح في باب حد القذف وبه يشعر قول المصنف في الصلح ان القصاص ملك المحل في حق الفعل فصح الاعتياض عنه **قوله** بخلاف خيار العيب توضيحه ان الخيار في مسئلتنا هو الحكم الاصلي وحكمه راجع الى العاقد فلا يبقى الحكم بدون اصله وفي العيب الحكم بالمبيع صفة سلامة استحقها المشتري وحكمه عند عدمها اثبات الخيار لمالك المبيع فاوجب للوارث لما قام مقامه في ملكه كانه مر لقيامه مقامه في السبب الا يرى ان الوكيل بالشراء اذا اشترى على انه بالخيار لم يثبت للموكل بثبوت الملك وكذلك خيار الرؤية لا يورث عندنا ولكنه لما ثبت للمشتري لانه ملك المبيع مجهول الوصف لعدم الرؤية والوارث بعد موته قائم مقامه كان نائبا عنه في الملك كانه هو وكذلك اذا اشترى احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء بعشرة دراهم فمات لم يورث الخيار بالشرط وسقط بالموت ولكن ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين فصار الاصل ان خيار الفسخ متى يثبت بوصف ثابت للمبيع يثبت للوارث لانتقال المبيع اليه بوصفه فيثبت له خيار مبتدأ لا موروث كخيار الاقالة ومتى ثبت الخيار اصلا بالشرط او بصفته لم يتعد حكمه الى المبيع صح وانقطع بالموت وارتفع حكمه لان نفسه لا يورث وهو علته فكذلك حكمه لم يورث ولهذا نقل ان خيار الشفعة لم يورث لانه مشيئة للشفيع بين ان يأخذ المبيع وان يدعه بملك كان له عند الشرى لا بالقائم عند الاخذ والخيار لا يورث على ما مر والملك القائم عند الشرى لم يصر للوارث وانما صار له ما بقي بعد موته **قوله** اختلاط ملكه بملك الغير وهذا لان الملك يثبت للوارث ابتداء خلفا عن المورث لبطلان اهلية الملك للمورث فلا يبقى ملكه الا فيما يقضي به حاجته ومعنى ثبوت الملك بطريق الخلافة ان يثبت الملك له ابتداء خلفا عن الميت لانه يقوم مقامه وقد بطلت اهلية الملك للمورث فينتقل اليه فيثبت الملك للوارث ابتداء خلافة عنه وصار كالوكيل بالشراء اذا اشترى يثبت الملك

للموكل

للموكل ابتداء خلفا عنه اي بدلا عنه كذا في الحاشية **وفيه نظر** لما قد تقررت الفرق بين الوراثة والخلافة فالوراثة ان يثبت الحق للورثة بطريق الانتقال من المورث بعد ما كان ثابتا له حتى ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين والخلافة ان يثبت الحق للخليفة ابتداء حتى لا ينتصب احد الخلفاء خصما عن الاخر ولهذا اختلف ابو حنيفة وصاحباه فيمن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب هل يعيد البينة فوقع عند ابي حنيفة رحمه الله ان طريق القصاص طريق الخلافة والاثبات ابتداء فلا ينتصب احدهما خصما عن الاخر بغير انابة وتوكيل كما في سائر الحقوق فيعيد البينة بعد حضوره ووقع عندهما ان طريقه طريق الوراثة كالدين فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وسيأتيك تحقيقه في الجنايات فظهر ان ما ذكر في الحاشية من ان ملك الوارث يثبت ابتداء خلافة غير ظاهر الصحة ثم في قوله اختلاط ملكه بملك الغير بحث اما اولا فلان الاختلاط يقتضي الشركة فيه كما لو اشترى ثمار البستان مطلقا فاثمرت مثلها اخرى قبل القبض فان هناك يشتركان فيه للاختلاط ولا يثبت الخيار للمشتري في التعيين كما هنا واما ثانيا فلان الخيار لو كان للمشتري باعتبار الاختلاط لكان البائع بالخيار ايضا لان ملكه ايضا مختلط بملك المشتري وليس له الخيار **وجوابه** ان الاختلاط انما يوجب الاشتراك عند تعذر التمييز ولا تعذر هنا لتمكن الوارث القائم مقام المشتري من التعيين لا بطريق ان الخيار يورث بل باعتبار ان الخيار قد ثبت للمورث بالشرط ليتمكن من تمييز المبيع المختلط بغيره والوارث قد قام مقامه في ملك المبيع مختلطا بغيره فكان الشرط في حق المورث شرطا في حق الوارث لقيامه مقامه بخلاف خيار الشرط فانه ما ثبت لوصف في المبيع حتى يثبت في حق الوارث القائم مقامه في ملك المبيع بل لمعنى يرجع الى العاقد من عدم الاهتداء الى البيع ودفع الغبن والوارث لا يقوم مقامه في هذا المعنى فلا يثبت ذلك الشرط في حقه فلو يثبت الخيار لثبت بطريق الانتقال والوراثة وانه لا يقبل هذا الوصف وبهذا التقدير يسقط الشبهتان فتامل **وفيه بحث** لما سيأتيك ان خيار التعيين لا يتوقت في حق الوارث فلو كان ثبوته في حقه بحكم ان الشرط في حق مورثه شرط في حق الوارث على ما قررت لتوقت في حقه ايضا كما توقت في حق المورث **قوله** ان الخيار من مواجب العقد واحكامه **فان قلت** فينبغي ان يثبت في البيع من غير اشتراط كسائر مواجبه **اجيب** بان معناه ان الخيار لو شرط في العقد يصير حقا من حقوقه وواجبا من واجباته لا انه من مواجبه قبل الشرط حتى يثبت بدونه **قوله** ولنا الخ **فان قلت** فلا يثبت من حقوق العقد لغير العاقد ما لا يثبت للعاقد الا يرى ان الملك يثبت للمولى بشراء العبد المأذون وللموكل بشراء الوكيل ولا يثبت الملك للعبد ولا للوكيل في الصحيح مع ان الملك من اقوى حقوق العقد ومواجبه لكونه موضوعا له فلما يثبت النيابة فيه لغيره من غير ان يثبت للعاقد فلان يثبت في غيره مما لم يوضع العقد

ثم كلت اذا كان ثبوت الحق لما دلي قلت فليثبت الخيار ايضا لغير العاقد من غير ان يثبت للعاقد كالملك
لغير العاقد بطريق الخلافة من العاقد جبرا من الشرع بان تعذر ثبوته للعاقد فيخلفه من هو اقرب الناس
اليه كالمولي والموكل فاما اذا كان ثبوته لغيره بطريق الانابة من العاقد وتسليط منه فلا بد وان يثبت
اولا للعاقد ثم لغيره اذ لا يتصور التسليط علي تصرف الا ممن يملك ذلك التصرف الا يري ان التوكيل لما كان
انابة لا يصح الا فيما يملك الموكل والخيار انما يثبت لغير العاقد بانابة من العاقد وتسليط منه فلا بد وان يثبت
اولا للعاقد ليصح منه تسليط غيره عليه وذلك انه لا معني للخيار سوي ولاية الفسخ والامضاء واثبات هذه
الولاية بغيره فرع ثبوتها لنفسه فاذا اثبت لغيره اقتضي ذلك ثبوته له فيجب القول بثبوته له ثم لغيره وهو
المطلوب ثم يشكل بان شرط الخيار لا يثبت الا بالشرط ومن هنا سمي شرط الخيار والشرط من حيث انه يتعلق
بالكلام امر حسي ولا يثبت بالاقتضاء الا ما كان من الامور الحكمية الا يري ان القبض في الهبة لا يثبت مقتضي
الشخص فكذا شرط الخيار الا ان جوابه ان حاصل شرط الخيار انهما سوا اثبات ولاية الفسخ والامضاء وهذه
الولاية ربما يثبت شرعا من غير ان يكون هناك لفظ يدل علي ثبوته فيثبت هذه الولاية للعاقد مقتضي اثباتها
لغيره **قوله** فيتقدم الخيار له اقتضاء **فان قيل** جعل هنا خيار الذي هو اصل ثابتا بالاقتضاء ومن شرط
المقتضي ان يكون احط رتبة من المقتضي الذي هو المذكور **اجيب** بان المراد بالاصل الذي لا يثبت اقتضاء
هو ما لا يحتمل ان يتقيد بقدر الضرورة بحيث لا يظهر فيما وراء تصحيح المذكور ويسقط بسقوطه وبالتبع ما يحتمل
ويسقط بسقوط المذكور وذلك ان المقتضي لا بد وان يكون تبعا بهذا المعني فالامر بالايمان لا يثبت مقتضي
الامر بالعبادات لانه لا يحتمل السقوط بسقوط العبادات وكذا التحرير لا يثبت مقتضي الامر بالتكفير بالمال لانه
لا يحتمل ان يتقيد بقدر الضرورة بحيث يظهر في حق صحة التكفير ويبقي فيما وراءه وكذا لا يحتمل السقوط
عنه بسقوطه وخيار العاقد يحتمل ان يثبت بحيث يسقط بسقوط خيار الغير فيصلح مقتضي **وقد يجاب** بان الاصل
هو ما يكون ركنا للمذكور او شرطا للاصلية كالايمان فانه لا يثبت بالامر بالعبادات اقتضاء لان اهلية العبادات
لا تثبت الا به وكذا الحرية لا يثبت بالامر بالتكفير بالمال فيما اذا قال لعبده كفر يمينك بالمال لان اهلية
العبادات في التكفير بالمال انما يكون بالحرية والمراد بالتبع الذي يثبت مقتضي هو ما لا يكون ركنا ولا
شرطا اصليا يتوقف عليه الاهلية بل يكون امرا زائدا كالملك للاعتاق اذ ليس هو ركنا للاعتاق ولا انه
يتوقف عليه اهلية الاعتاق اذا ثبت هذا نقول ثبوت الخيار للغير علي سبيل النيابة يتوقف علي ثبوت
الخيار للعاقد توقف الاعتاق علي الملك لا توقف التكفير بالمال علي الحرية لان اهلية الخيار للنائب
لا يثبت بخيار المنوب بل الاهلية ثابتة له قبل ثبوت الخيار ولكن خيار الشرط للعاقد شرط لثبوت الخيار
لغيره علي سبيل النيابة والشروط يثبت بالاقتضاء **وفيه نظر** لان البيع لا يثبت مقتضي في قولنا كاتب
عبدك عني بالف مع انه ليس بركن للكتابة ولا شرطا لاهليتها فالمراد بكون المقتضي تابعا هو ما ذكرنا والبيع

لا يحتمل ان يثبت في ضمن الكتابة بحيث يبطل ببطلان الكتابة عند العجز ويتقيد بقدرها فلا يثبت مقتضي بها
واجاب الشارح بان الاصالة قد يثبت لغير العاقد من حيث ان شرط الخيار لا يثبت بدون اللفظ وغير
العاقد اصل في اللفظ لانه يثبت له الخيار باللفظ قصدا فاستوي مع العاقد فجاز ان يثبت خيار العاقد
اقتضاء اما الحرية فليس من خواص اللفظ لثبوتها في شراء القريب وارثه بدون اللفظ فكان الحرية
خالية عن جهة التبعية فلا يثبت في ضمن ما هو تبع **وفيه نظر** لان شرط الخيار لما كان بحيث لا
يثبت بدون اللفظ كان اللفظ من لوازمه كالقبض في الهبة واللفظ امر حسي لا يمكن اثباته اقتضاء فاذا
تعذر تقديرا اللفظ اقتضاء تعذر تقدير شرط الخيار للعاقد ايضا اذ الشي لا يثبت بدون لوازمه التي لا
ينفك عنها لا يقال انه لم يرد ان شرط الخيار لا يثبت الا بوجود اللفظ في حق من يثبت له بل اراد انه لا بد
من اللفظ الدال علي ثبوت الخيار اعم من ان لا ذلك اللفظ في حقه او في حق غيره بخلاف الحرية فانها قد يثبت
من غير لفظ دال عليه كارث القريب وشرائه لانا نقول متي لم يتوقف الخيار علي ثبوت اللفظ في حق من
له الخيار لم يكن من يثبت له اللفظ اصلا وايضا الشارح اثبت الاستواء بين العاقد وغيره وهذا لا يدفع
الاعتراض بان شرط المقتضي ان يكون احط رتبة من المذكور لا يقال بان التبعية من وجه يكفي في العاقد
تابع من حيث اللفظ لانا نقول ان الاصالة من وجه يمنع ثبوته اقتضاء فلا يثبت بالاقتضاء عند الشك وايضا
الخيار قد يثبت للعاقد بدون اللفظ كما اذا تفرقت الصفقة عليه او علم بتقلد المبيع في المجلس بعد ان لم
يكن عالما فصار كالحرية **قوله** ~~الخيا~~ فيجيز هو يجيز تصرف الموكل وقد يقال اللازم من ترجيح تصرف
الموكل الذي هو الاصل من كل وجه ان يترجح عنده تصرف العاقد الذي هو اصل من حيث ان غيره يستفيد
الولاية منه وتبع من حيث ان الخيار يثبت له بالاقتضاء والمقتضي تابع للمقتضي **قوله** ولابي يوسف رحمه الله
يعتبر ما نعلم ان تصرف الاصل لا يترجح عنده علي تصرف النائب فبراءته من التصرفين في مسئلة الوكالة بيتوبان
فيعتبر كلاهما وهنا تصرف الفسخ اقوي من الاجازة فيعتبر الراجح من التصرف **قوله** لان الذي فيه
الخيار كالخارج من العقد انما قال كالخارج لانه داخل في العقد حقيقة لما عرف ان شرط الخيار يمنع الحكم
دون السبب **قوله** اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم اي الخيار يمنع ثبوت الحكم والمقصود من
الحكم دون السبب فالخارج عن الحكم الذي هو المقصود كالخارج عن السبب لكونه غير مقصود **قوله** فبقي
الداخل فيه اي في العقد احدهما وهو من صحح الاخبار فيه ويكون الاخر وهو الذي فيه الخيار كالمستثني من العقد
كانه باع العبدين بثمن واحد واستثني احدهما بحصته من الثمن فيبقي الداخل في العقد احدهما بحصته من الثمن
فيلزم جهالة المبيع والثمن جميعا **فان قلت** هذا بالنظر الي الحكم والاعتبار انما بالنظر الي الحقيقة فمن
فيه الخيار داخل في العقد غير مستثني منه فلا يؤدي الي جهالة المبيع ولا الي جهالة الثمن فالحكم اعتبر
جانب الحكم دون الحقيقة مع انها احق بالاعتبار **اجيب** بان العقد لما دار بين الصحة والفساد للن

قوله وقيل الاول قول محمد رحمه الله والثاني قول ابي يوسف رحمه الله واستخرج ذلك مما اذا باع الي اخره قلت ذكر لي صاحبه رحمه الله في الزيادات انه كتب ابي حنيفة رحمه الله الحسن ان يثبت رجل مات وباع رجل من تركته متاعا فخاصمت ورثته بعد ذلك الي قاض فاقام الرجل البينة ان فلانا القاضي اجاز جميع ما باع فلان من تركة فلان وما اقامت الورثة البينة ان ذلك القاضي ابطل جميع ما باع فلان من تركة فلان والتاريخ واحد ولم يدر ايهما اول وقت البينتان او وقتتا وتفاوتا انا ما البينة علي النقض والاجازة من قاضيين فالنقض اولي اذا لم يعلم ايهما اول فالنقض اولي وان اولي اذا لم يدر اي الوقتين اول كذا في الذخيرة في الفصل التاسع من كتاب الدعوي وهو يدل على ان المعتبر عند محمد رحمه الله تصرف النقض لا كما زعم هذا القائل والامسلة الوكيل والموكل فانما يصلح دليلا علي ان محمدا رحمه الله يعتبر تصرف الاصل نقضا كان او اجازة وفي مسئلتنا استوي العاقد مع غيره فالعاقد اصل من حيث ان الخيار يثبت لغيره بنيابة عنه وغيره اصل من حيث ان الخيار يثبت له قصدا وباللفظ والعاقد يثبت اقتضاء وبالضرورة م ح

ضروري

يكن

من فيه الخيار مستثنى من العقد حكما فيكون المبيع والثمن مجهولا غير مستثنى عنه حقيقة فلا يكون شيء منهما مجهولا الا بجهالة طارئة وانها ليست بمفسدة وجب ان يحكم بالفساد احتياطا **قوله** ويقبل العقد في الذي فيه الخيار لو كان شرطا لا نعقد العقد في الاخر لكن هذا شرط غير مفسد للعقد اذ المفسد من شروط القبول انما هو شرط قبول غير المبيع ومن فيه الخيار من جملة المبيع فلا يكون مفسدا كما اذا اجتمع بين قن ومدبر جاز البيع في القن مع شرط قبول المدبر لان المدبر يدخل في العقد ثم يخرج صيانة لحقه فان **قلت** قد جعل من فيه الخيار كالخارج من العقد مستثنى عنه وبنى عليه فساد العقد في ما اذا لم يفصل الثمن او لم يعين المبيع فليعتبر كالخارج من حق اشتراط قبول العقد فيكون شرطا لقبول غير المبيع **اجيب** بانه لو اعتبر مستثنى من العقد لم يكن قبوله شرطا اذ الاشتراط من ضرورة الضم مع المبيع والضم مع الاستثناء وان لم يعتبر مستثنى كما هو الحقيقة كان اشتراط القبول فيه اشتراطا للقبول في بعض المبيع وانه ليس بمفسد وبالجملة انه ان اعتبر مستثنى فلا اشتراط قبوله اصلا لانتفاء الضم الموجب للاشتراط والا فهو شرط قبول بعض المبيع وانه ليس بمفسد واياما فالعقد صحيح بكل حال **قوله** والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية توضيحه ان شرى واحد من اثنين او ثلث فاسد لافضائه الى النزاع في تعيين المبيع وللخطر وباشتراط الخيار للمشتري او البائع لزم النزاع فالخطر باق وانه يكفي لفساد البيع الا انا جوزناه في الثلث مع وجود الخطر للحاجة الى هذا الوجه من الشرى وهي منتفية فيما زاد على الثلث فيكون فاسدا لوجود الخطر المفسد وعدم الحاجة المرخصة **قوله** استعارة لا يريد بالاستعارة استعارة التثنية للمفرد حتى تناقض ما ذكر فخر الاسلام في اصوله من امتناع استعارة العدد للمفرد وبالعكس وبنى عليه عدم جواز نية الاثنين بالطلاق في طلقي نفسك بل اراد به تنزيل كل ثوب منزلة المبيع من حيث ان كلا منهما لما احتمل ان يكون مبيعا نزل الامكان منزلة الوجود كما في الصبغ في الذكية وسبحان الذي صغر جسم البعوض وكبر جسم الفيل وعليه حمل قوله تعالى امتنا اثنتين واحييتنا اثنتين حيث نزل العدم الاصلي منزلة الاماتة **قوله** لان البائع خيار التعيين للاختلاط **فان قيل** من قضية الاختلاط القسمة بالتراضي فلما ذا صار الوارث مختصا بالتعيين فيقول اما باعتبار ان البائع رضي باتيان الغير حيث شرط الخيار لغيره او باعتبار ان القسمة لو ثبتت افضى الى المنازعة كما في الحانية وفي الوجهين نظر اما في الاول فلان اختصاصه بالتمييز لو كان باعتبار رضا البائع بتمييز الغير لجاز ان يرجع البائع عن ذلك قبل القسمة وهذا لان الاختلاط يوجب الشركة واحد الشريكين اذا رضي بقسمة الاخر له ان يرجع عنه قبل ان يقسمه جاز فكذا رجوع البائع فيما نحن فيه وليس له ذلك واما **قوله** حيث شرط الخيار لغيره فيقول انه شرط الخيار للمورث فيكون راضيا بتمييزه اما الوارث فلا شرط في حقه فلا يكون راضيا بتمييزه واما في الثاني فلان بيع المشاع جائز وعلى ما ذكر ينبغي ان لا يجوز لانه ايضا يفضي الى المنازعة مثل القسمة **فالجواب** ان الاختلاط انما يوجب القسمة بالتراضي اذا تعذر التمييز وهو غير متعذر لامكان تعيين المبيع بتعيين من

له الخيار او من قام مقامه على ما قررناه بخلاف ما اشتري ثمار البستان فاثمرت بعد القبض فان الاختلاط قد ثبت هناك على وجه لا يمكن التمييز حتى لو امكن التمييز لان كان الحادث بعد القبض معلوما لا يثبت الشركة وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه لان خيار المشتري عنده مانع دخول المبيع في ملكه فاحتيج الى هذا التكلف ليكون دليلا على ثبوت الملك اما عندهما فالمبيع يدخل في ملك المشتري فلا يحتاج الى التقدير الذي يؤدي الى اختيار الملك وقد يقال هذا التقرير لا يحتاج لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه كما لا يحتاج اليه لمذهبهما ايضا لانه انما يحتاج اليه لمذهبه ان لو كان ثبوت حق الشفعة متوقفا على كون الشفيع مالكا للدار التي يشفع بها وليس كذلك بل يكفي لاستحقاق الشفعة كون الشفيع احق تصرفا بتلك الدار الا يرى ان المأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار والمشتري بالخيار وان كان لا يملك الدار المبيعة فهو احق بها تصرفا فيستحقها كما يستحقها المأذون والمكاتب قال شمس الائمة السرخسي اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه ملك الدار المبيعة واما عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلانه صار احق بها تصرفا وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب وبهذا ظهر ان ما ذكره المصنف رحمه الله في باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب من قوله ولنا انه اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع ضعيف اذ استحقاق الشفعة لا يتوقف على الملك بل يكفي لاستحقاقه كون الشفيع احق بها تصرفا فلا معنى لهذا الاشكال **وجوابه** ان ملك التصرف وكونه احق بالدار تصرفا ان كان يكفي لاستحقاق الشفعة لكن بشرط ان يكون دائما غير موقت اذ الشفعة شرعت لدفع الضرر المستدام والمشتري بالخيار ان كان احق بها تصرفا فذلك غير مستدام لاحتمال الرد في مدة الخيار وانه احتمال ناش من الدليل لان الخيار وضع للرد ان احتيج اليه انما يثبت له الجوار الدائم بعد اسقاط الخيار مستندا الى وقت الشراء فلا بد من اعتبار ذلك بخلاف المأذون والمكاتب لان لهما يدا على الدوام فافترقا **قوله** لمذهب ابي حنيفة خاصة وقد يقال بل يحتاج اليه لمذهبهما ايضا لان المشتري بالخيار وان كان يملك المشتري عندهما فملكه فيه قبل سقوط ليس بمستدام لكونه في عرضية الزوال ولا بد لثبوت حق الشفعة من ملك مستدام لانه شرع لدفع ضرر سوء الجوار وانه بالاستدامة يكون ولا يثبت للمشتري بالخيار دوام الملك ظاهرا الا باسقاط الخيار **قوله** فيتبين انه الجوار كان ثابتا **واعترض** بانه لو كان بطريق الاستناد لصح الاخذ للمشتري بالشفعة اذا كان الخيار للبائع واجاز البيع **والجواب** ان الملك الثابت بالاستناد ثابت من وجه فيعتبر اذا لم يوجد له معارض اقوى منه واذا كان الخيار للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البائع بالاتفاق ثم اذا اسقط الخيار يثبت الملك له من وقت الشراء ولم يكن حينئذ في ملك البائع اصلا فيثبت الشفعة للمشتري لثبوت ملكه مستندا لا للبائع لانعدام ملكه فيه اصلا بالكلية اما اذا كان الخيار للبائع فلا يخرج المبيع من ملكه بل يبقى في ملكه من كل وجه فيثبت الشفعة للبائع لا للمشتري والحاصل ان الملك الثابت بالاستناد انما يوجب استحقاق الشفعة اذا لم

يوجد الملك لغيره من كل وجه اما الاذا وجد فوا الاعتبار له دون ما هو ثابت من وجه **وقد اجيب** بان المشتري بشرط
الخيار له والا لثبات الملك لنفسه باجازة البيع ولا يتوقف علي فعل غيره ولا كذلك اذا كان للبايع فاعتبره بالاعتاق
فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له ولا اذا كان للبايع لا ينفذ اعتاق المشتري وان اجاز البيع وظف
ان هذا الفرق لا يجدي نفعا لان الملك الثابت للمشتري بالخيار باجازته البيع ليس باقوي من الملك الثابت له
باجازة البايع بالخيار اذ الملك في كلتا الصورتين يثبت بالاستناد اما الاعتاق المشتري بالخيار فانما ينفذ لان الاعتاق
لا يصح بدون الملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك له قبل الاعتاق مستندا الي الشرا فيتحقق الاعتاق
في الملك الثابت له من كل وجه اما الاعتاق فيما اذا كان الخيار للبايع فواقع في غير الملك فلا يصح اذ لا عتق
فيما لا يملكه الانسان اما الشفعة فانما يثبت للمشتري بالخيار باعتبار استناد الملك والاستناد ثابت في الوجهين
بلا تفاوت فثبوت الشفعة باعتبار الملك المستند في احدهما دون الاخر ما لا وجه له فالوجه هو الجواب الاول فسلم
لو مس المشتري المشتراة بشهوة او مسته بشهوة سقط خياره وتم البيع لان مسه لا يحل الا بالملك فاقدامه عليه دليل
الرضا وكذا مسها به حجب حرمة المصاهرة فتعيبت بعيب لم يكن عند البايع لانها كانت تحل لاب المشتري
وابنه والان لا كذا في الكافي **وفيه نظر** حيث ذكر في باب خيار العيب انه لو وطي البايع الامة المبيعة
قبل القبض لا عقر عليه ولا خيار للمشتري لانه ليس بعيب في الثيب حتي لو اشتري امة علي ان البايع لم
يطاها فبان انه وطيها ليس له ان يردها هذا كلامه فكما ان ثبوت حرمة المصاهرة في حق المشتري لا يعتبر
عيبا في حق البايع حتي يسقط به خيار الشرط وجب ان يعتبر وطي البايع عيبا في حق المشتري حتي يكون
له الخيار فيما اذا وطيها قبل القبض من حيث انها كانت حلالا لاب البايع وابنه والان حرمت عليهما وكذا ينبغي ان
يكون له الخيار اذا اشتري علي ان البايع لم يطاها فبان انه وطيها **وجوابه** ان الامة لما كانت لا يخلو
من وطي المولي عادة نزل المشتري عالما بوطيه فكانه اشتراها مع علمه بهذا العيب فلا يكون له ولاية الرد ثم
لما نزل عالما به بدلالة العادة لم يعتبر اشتراطه بان البايع لم يطاها لانه بمنزلة ما لو اشترط البراءة من
العيب مع علمه به وذا غير معتبر فكذا هذا **قوله** فلو رده احتمل رده معيبا به **وفيه اشكال** اذ التعيب
بعيب الشركة حكم الرد وحكم الشيء لا يمنع ذلك الشيء صرح به بعض المحققين في مسئلة ما اذا دفع الي فقير مايفي
درهم من الزكوة فانه جايز وعلله بان الغني حكم الاداء فيعقبه وحكم الشيء لا يمنعه وقد مر في الزكوة **وجوابه**
ان المانع هنا هو الزام الضرر الزايد لا التعيب نفسه والزام الضرر ليس من حكم الرد بل الرد هو الزام الضرر بعيبه
ثم لا يخفي ان قوله رده معيبا لا يخلو من نوع تساهل للقطع بانتفاء العيب حالة الرد وانما يحدث بعده فالاولي
قوله معيبا حالا من الضمير في رده

باب خيار الروية

قوله من اشتري شيئا
لم يره فالبيع جايز **فان قلت** ينبغي ان لا يجوز لنهي النبي عليه السلام من بيع ما ليس بحاضر بين يدي المشتري
لاجماعنا علي ان المشتري اذا كان راه فالعقد جايز وان لم يكن حاضرا عند العقد **قلت** تاويل النهي

بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم ابن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني
سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها واسلمها فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
والدليل عليه ايضا انه لو باع عينا في ملكه غايبا عن حضرته وقد راه المشتري جاز اذا بين مكانه واذا حضر عنده
وقد كان في كفه ولم يره المشتري لم يجز عند الخصم كذا في الشرح والاولي ان يكون تاويل الحديث بيع ما ليس في ملكه
الاثبات للخصم بيع الفضولي اذ بيع ما ليس في ملكه لان المراد ببيع ما ليس في ملكه هو ان يبيع ثم يشتريه
واراد تسليمه بحكم ذلك العقد **وقد يقال** تاويله بيع ما لم يقدر علي تسليمه وقت العقد وفي بيع الفضولي يثبت
القدرة علي التسليم عند الاجازة مستندا الي وقت العقد اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق **قوله** ولنا
قوله عليه السلام من اشتري شيئا فله الخيار اذا راه وفي شرح الكافي قال البيهقي واما حديث من اشتري
شيئا فهو بالخيار اذا راه فانما رواه ابو بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفع الحديث الي النبي عليه السلام
وهو مرسل وابو بكر بن ابي مريم ضعيف قال واسند عمر بن ابراهيم الكردي عن ابن سيرين عن ابي هريرة
وعمر بن ابراهيم كان يضع الحديث قال الداري قطني هذا كلامه **قلت** ان جبير بن مطعم قضي بالخيار الروية
للمشتري بمحضر من الصحابة وهو يدل علي صحة الحديث **قوله** فلا يثبت قبلها **واعترض** بانه استدل علي
العدم قبل الروية بالتعليق وهو لا يوجب العدم عند العدم **واجيب** بانه ان كان لا يوجب العدم عند العدم
فالمتعلق بالشرط معدوم قبل وجوده بالاجماع فلا يثبت الخيار قبل الروية لانه معلق بها فلا يثبت قبلها الا بدليل
ولم يوجد هذا قال ذكر الامام فخر الاسلام في بحث الشرط من تقليه وفقط الا ينفك صفة الشرط من معناه وهي
العدم عند العدم فظاهر فانه تصريح بان المعلق علي الشي يجب ان يكون معدوما قبل وجوده وان عدم المشروط
قبل وجود ما علق به من ضرورات التعليق لاستحالة تعليق الثابت الا ان التعليق يقتضي الوجود عند الوجود
واما العدم عند العدم فهو ساكت عنه فكذلك كان لحكمنا بان لم يثبت بعد انما فهم انه لا يوجب العدم عند العدم
بمنطوقه خلافا للشافعي وهل يوجب بضرورته فيه ثم قيل لا **قوله** بحكم انه غير لازم لا بمقتضي الحديث
فان قلت ولاية الفسخ ايضا من مقتضيات الحديث لانه مبني علي عدم اللزوم وعدم اللزوم ثابت بثبوت الخيار
عند الروية اذ لو لزم العقد قبل الروية لامتنع الخيار عند الروية والخيار ثابت بالنص فادي الي
بطلانه وهو الباطل فيكون ولاية الفسخ بمقتضي الحديث فكيف يستقيم قوله لا بمقتضي الحديث **قلت**
المراد بمقتضي الحديث هو الخيار الذي اقتضاه اي لا بخيار اقتضاه الحديث بل بحكم انه عقد غير لازم **قوله**
وهو القول المرجوع اليه انه اي خيار الروية معلق بالشري كذا ذكر في الحاشية **قلت** قالوا اذا قال الرجل
لامراته اذا دخلت الدار فانت طالق ان كلمت زيدا كان الطلاق معلقا بالكلام لا بالدخول وكان الدخول شرطا
لانعقاد اليمين فهذا موجب اللغة حتي لو حلف لا يحلف بطلاقها فقال اذا دخلت الدار فانت طالق ان كلمت زيدا
لا يحنث قبل الدخول لانه انما يصير حالفا بالطلاق بعد الدخول في الدار فعلي هذا كان الخيار في قوله عليه السلام من

المشتري شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه معلقا بالرؤية الا بالشري انما المعلق به تعليق الخيار بالرؤية فلا يصح ان يجعل
الضمير في قوله انه معلق الى الخيار اللهم الا ان يتساهل قوله بارضاه اي بجنسه او صافه فالاضافة للجنس دون
الاستغراق فالى الرد الرضا بالمبيع قبل العلم بالعيب قوله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف اي تصرف
يمتنع الرد به فلا يشكل بما اذا اشترى دارا لم يرها فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية ويبطل
خيار الشرط والا بما اذا عرض المشتري المبيع على بيع يبطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية لانه لا يمنع
الرد بهذين التصرفين او نقول ان الاخذ بالشفعة والعرض للبيع ان كان لا يبطل بهما خيار الرؤية قبل
الرؤية فقد يبطل بهما بعد الرؤية لا محالة وبعض القضية ممكنة العام لكي علم بطلان خيار الرؤية بما يبطل به
خيار الشرط ليس بلازم الا بطلانه بما يبطل مرتبة فقط وقيل او نقول بطلان الخيار لا يتصور الا بعد وجوده
وخيار الرؤية انما يثبت بعد الرؤية وبعده يبطل بكل ما يبطل به خيار الشرط من مساومة والاخذ بالشفعة
وغيرها والمراد بقوله ما يبطل خيار الشرط هو البطلان الحقيقي دون الاعم من البطلان وعدم الثبوت فلا يرد
الاخذ بالشفعة والعرض للبيع لانهما يبطلان خيار الرؤية كما يبطلان خيار الشرط غير انهما لا يمنعان ثبوت
خيار الرؤية اذا وجد قبلها لان حقيقة الرضا لا يمنع خيار الرؤية فلا لغوا اولى قوله لانه لما لزم تعذر
الفسخ فيبطل الخيار فان قيل لزم خلاف النص لانه اثبت الخيار اذا رآه قلنا اعمال النص انما يجب
فيما امكن وهذا لا قائل مبنية على الملك الثابت بحكم البيع فضمنت بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن رفعها قلت
فيسقط الخيار ضرورة ~~ولقائل ان يقول~~ فبي ارتفع التصرف المتعلق به حق الغير قبل الرؤية بان رهن
المشتري المبيع ثم افتكه ثم رآه او باع بشرط الخيار للمشتري فرد عليه ثم رآه وجب ان يثبت الخيار بحكم النص لانه
يقتضي ثبوت الخيار للرؤية ولا مانع عندها اذ المانع تعلق حق الغير وقد ارتفع قبل الرؤية وقد
نص في الذخيرة بانه لو افتك المرهون او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون قلت
له الرد للمبطل قد ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه اذا عاد المبيع الى المشتري بسبب هو فسخ فهو
على خيار الرؤية وهو دليل على ان المبيع اذا عاد الى قديم ملك المشتري ويمكن لانا نقول ~~ما ذكر المصنف رحمه~~
~~الله [illegible] فيبطل الخيار [illegible] ما ذكر [illegible] وذلك انه لا يمكن ان [illegible] الخيار~~
~~[illegible] قبل الرؤية [illegible] بما [illegible] الغير [illegible]~~
~~[illegible] هذا التصرف [illegible] التصرف [illegible] المذكور في الذخيرة~~
~~[illegible] بما ذكرنا [illegible] التصرف [illegible] الرؤية~~
~~[illegible]~~ ذلك قوله يعلم البقية اذ الا سفات اطراف الثوب
الواحد لا ببيع وهذا غير معتبر كذا في الكافي تتفاوت معتبر حتى لا يصح بيع ذراع منه كما صح بيع قفيز منه
قوله ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل في الفرق بين الرسول والوكيل ان الرسول هو الذي لا يستغني

النص

بحكم

والرد لا

فلما ان

قلت

من اضافة العقد الى مرسله بخلاف الوكيل فانه يعقد بالاستبداد كذا في الشرح فان قلت الوكيل
قد لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل كالوكيل بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والوكيل بقبض
المبيع لا يستغني عن الاضافة الى الموكل الا يرى ان الوكيل بقبض الدين هو وكيل بالمبادلة لا يستغني عن
الاضافة اليه فالوكيل بقبض العين اولى ان لا يستغني عنه اجيب بان المراد بالاضافة ههنا نقل لا عبارة
عبارة المرسل فينعقد العقد بعبارته لا الرسول اما الوكيل فهو ان كان لا يستغني عن الاضافة في بعض
العقود لكن المعنى بالاضافة التي لا يستغني الوكيل عنها ليس ما ذكرنا من نقل عبارة الموكل بل نسبة
العقد الذي يحقق بعبارته اليه بان يقول في النكاح زوجتك من فلان فالوكيل مستقل بالعقد في جميع
المواضع بمعنى انه يعقده بعبارته لا بعبارة موكله والرسول ناقل عبارة المرسل لا عاقد بعبارته وقد امتنع
ذكر بعضنا الفرق بينهما بان الوكيل يملك الخصومة ان امتنع البائع عن التسليم والرسول لا يملكها وفيه
نظر لان الوكيل بقبض المبيع وكيل بقبض العين والوكيل به لا يملك الخصومة صرح به المصنف رحمه
الله في الوكالة حيث قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس
بمبادلة فاشبه الرسول ثم انه يصلح فرقا في الجملة اما فيما نحن فيه فلا قوله الا ان يعيب في الحصر نظر لانه
قد يرد بخيار الشرط ايضا اللهم الا ان يقال بحذف المعطوف او يحمل على ما يروى ان خيار الشرط يبطل
بقبضه ايضا قوله والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل وفيه بحث لان قبض المبيع بعد
الرؤية انما يتم من الموكل لانه يقوم مقام الرضا المسقط للخيار في حقه والقبض مع الرضا المسقط له بام فاما
الوكيل فقبضه بعد الرؤية لا يحتمل ان يجعل قائما مقام الرضا المسقط للخيار حيث لم يثبت له ولاية اسقاط
الخيار بالرضا بينهما الا للتوكيل لانه وكيل بالقبض دون اسقاط الخيار وليس ذلك من لوازمه ايضا وبالجملة بهذا
ان اطلاق التوكيل يوجب ان يكون له القبض بعد الرؤية وقبلها غير ان القبض بعدها لا يسقط الخيار
في حق الموكل لانه قبض بعد الرؤية بل لانه دليل الرضا **وهذا النوع من الرضا** غير ثابت للوكيل
فلا يكون قبضه مسقطا له اذ الدليل انما يعمل في حق من يعمله في حقه الصريح وصريح الرضا من الوكيل باسقاط
الخيار لا يبطله فكذا دليله وهو القبض بعد الرؤية قوله فكذا انتفى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه
بعد ذلك قصدا فان قيل ينبغي ان يملك الاسقاط ايضا لان من ملك شيئا ملك اتمامه الا يرى ان الوكيل بالخصومة
وكيل بالقبض لان اتمامها به وقد علل المصنف رحمه الله هناك بقوله ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه
وتمام الخصومة بالقبض والاخفاء ان تمام القبض هنا باسقاط الخيار والوكيل يملك القبض فيملك اتمامه ايضا
كالوكيل بالخصومة يملك القبض قصدا لتوقف تمام الخصومة عليه وجوابه ان سقوط خيار الرؤية في الحقيقة
متمم للصفقة ومن ضرورة تمامها تمام القبض فمن حيث انه ليس من متممات القبض مقصودا ينبغي ان
لا يملكه الوكيل بالقبض ومن حيث انه متمم له واردا بالضرورة ينبغي ان يملكه فقلنا يملك ضمنا بان قبض

وهو بيان ولا يملك بعد القبض مستوطا قصدا لا بالجحيث او نقول ان اسقاط الخيار من حيث انه متمم للعقد يجب ان لا
يملكه الوكيل بالقبض لانه لا يملك العقد فلا يملك ما هو من متماته ومن حيث ان للقبض شبها بالعقد فاعمر المتمم له
كان متمما للقبض ايضا من وجه يجب ان يملكه فقلنا يملك الاسقاط ضمنا لا قصدا عملا بالاعتبارين فصل الفرق
بينه وبين الوكيل بالخصومة لان القبض متمم للخصومة من كل وجه فمن كان مالكا لها كان مالكا للقبض المتمم
لها **قوله** كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام **فان قلت** قوله ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار
اذا رآه يدل على جواز التفريق **قلت** ما روي انه نهي عن تفريق الصفقة قبل التمام محكم وما رويتم ليس
كذلك لانه يحتمل ان اذا ميز او تصرف فيه يسقط الخيار والابطال انه ليس بمحكم لانه يجوز بعد القبض بالقضاء اما
نقول البيع بالقضاء ينفسخ من الاصل فصار كان لم يكن فلا يكون فيه تفريق الصفقة ولان النهي عن التفريق
محرم والعمل به اولي ولانه متاخر ولا يلزمه الفسخ مرتب كذا في الشاهان **وفيه نظر** اذ الرد بخيار الروية
او الشرط ايضا فسخ من الاصل مع انه لا يمنع تفريق الصفقة وايضا الرد بقضاء القاضي انما يجعل فسخا للعقد
فيما يستقبل لا فيما مضي لانه لو جعل فسخا فيما مضي لا ينتقض بمسايل احدها ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل
حق الشفيع في الشفعة ولو كان فسخا للعقد فيما مضي لبطل الشفعة لبطلان البيع والثانية ان الرجل
اذا باع امته الحبلي من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري ردها بعيب ثم ولدت ولدا فادعاه البايع
لا يصح الدعوة ولو كان الرد فسخا من كل وجه لصحت كما يصح في امته لم يبعها ابنه والثالثة باع عبدا فاحال
بالثمن على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء لا يبطل الحوالة ولو كان الرد فسخا من كل
وجه لبطلت فاذا كان العقد قايما فيما مضي يتحقق فيه تفريق الصفقة برد البعض فالاولي ان يقال
التفريق بالقضاء انما يكون في خيار العيب بعد القبض لان الرد بخيار الشرط او الروية لا يحتاج الى
القضاء وكذا الرد بخيار العيب قبل القبض فيكون التفريق بالقضاء تفريقا بعد التمام وهو غير منهي
انما المنهي عنه التفريق قبل التمام ثم الحديث وهو قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره انما يقتضي جواز
رد المبيع وبعض المبيع ليس بمبيع فلا يقتضي جواز رده فيبقى داخلا تحت النهي عن تفريق الصفقة
قبل التمام فلا معارضة بين الحديثين **قوله** فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الروية وفي
الذخيرة اذا تصرف في المبيع قبل الروية تصرفا لا يمكن فسخه لزم البيع وكذا لو تعلق بالمبيع حق الغير
بان آجر او رهن او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو
افتك المرهون او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وان كان تصرفا لم
يتعلق به حق الغير بان باع بشرط الخيار لنفسه او وهب ولم يسلم او عرض على البيع لا يبطل خياره وفي الاصل
اذا اشترى عدل زطي لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقي ولم يرض به فليس له ان يرد بخيار الروية فان
عاد ما باع الى ملكه بسبب هو فسخ من كل وجه فله ان يرد الكل بخيار الروية الا على رواية عن ابي يوسف رحمه

او هو مقيد بما اذا لم يخرج الى الفسخ والله اعلم

الله هذا ظاهر وهذا ظاهر انه لا ابا فيه بعد ما ذكره المصنف رحمه الله اولا من قوله ثم ان كان تصرفا الى قوله فبطل
الخيار وبين ما ذكره من قوله فهو على خياره لان هذا على رواية الاصل والاول على رواية اخرى **قوله** وهو
ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط **وعرض** باب القياس على خيار الشرط غير مستقيم لان
خيار الشرط غير مستقيم لان خيار الشرط انما يسقط لدلالة الرضا بهذه التصرفات وبعد ما سقط لا يعود لانه
لا يثبت الا بالشرط اما خيار الروية فلا يبطل بصريح الرضا قبل الروية فكذا بدلالته فلا يبطل لكن بطلانه
بمعنى عدم ثبوته عند الروية لتعذر الفسخ والاخفاء انه لا تعذر اذا عاد اليه المبيع بسبب هو فسخ فينبغي ان يثبت
هذا الخيار عند الروية بالنص والله اعلم بالصواب

باب خيار العيب

قوله مطلق العقد يقتضي وصف السلامة لان المطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف
وهو ما تخلو عنه الفطرة السليمة **قوله** لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
هو الرضا بالسليم دون المعيب فيفهم مطلق الرضا على السليم
في مجرد العقد الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البايع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف
الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البايع بالتعيب عند المشتري او لحق الشرع
بالخياطة كذا في الكافي **وفيه نظر** لما صرح في الكافي في فصل المتفرقات ان الوصف لا يسقط له شيء من الثمن
قبل القبض وهو يأخذ قسطا من الثمن اذا صار مقصودا بالامساك عند قبض المشتري حتى لو اشترى عبدا فوجده
به عيبا فصار من عيبه على امته قبل القبض لم يكن الا من عوضا عن العيب بل زيادة في اصل المبيع حتى كان
الثمن على العبد والامة على قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن ولو كان
الصلح بعد القبض كانت الامة عوضا عن العيب حتى لو وجد بها عيبا ردها بحصة العيب من
الثمن وكذا الوكيل بالشراء اذا رضي بالعيب قبل القبض صح ولزم الموكل ولو رضي به بعد
القبض لا يصح ولزم الوكيل لان قبل القبض لم يجب للعيب حصة من الثمن على البايع وبعد
القبض تجب حصة العيب على البايع فيبطل اسقاطه في حق الموكل هذا كلامه فاذا صار
الوصف قسطا من الثمن بعد القبض وجب ان يصح الرجوع بالنقصان مع امساك المبيع
والجواب ان الوصف وان كان يقابله شيء من الثمن بعد القبض ويجب حصة العيب على البايع
بعده لكن وجوبا غير متقرر لتمكن البايع من نقض القبض الذي به يصير الوصف مقصودا باعتبار
انه يجب حصة العيب على البايع بعد القبض كانت الامة المصالح عليها عن العيب عوضا عنه
ولم يصح رضا الوكيل به وباعتبار ان الوجوب غير متقرر لم يكن للمشتري ان يرجع به على البايع
فالمراد بقوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن هو المقابلة المتقررة وانها منتفية لا
محالة **قوله** ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى وهو **فان قيل** ينتقض بما اذا باع
شيئا على انه معيب فاذا هو سليم حيث لا يكون للبايع الخيار مع انه لم يرض بزوال ملكه بهذا القدر

من المبيع اجيب بان المبيع يكون في يد البايع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالما بصفته
فيكون راضيا بخروج المبيع من يده سالما بالمشتري ولا كذلك المشتري كذا في الشرح لا يقال كون
المبيع في يد البايع وممارسته قبل لاقم الابدي ان بيع الموروث وبدل الصلح والمهر جايز قبل القبض ولا
ممارسته دون القبض لان العبرة للغالب والغالب وان يكون في يد البايع وممارسته فان قلت
كما ان كون المبيع في يد البايع وتصرفه دليل على علمه باوصاف المبيع كذلك قوله على انه معيب دليل
على كونه غير عالم به فلماذا اعتبرت الدلالة الاولى دون الثانية اجيب بان الاولى سابقة وقد ظهر
عملها قبل الدلالة الاخرى اولى وايضا ان قوله على انه معيب لم يذكر على وجه الشرط بل على وجه التبرو
من العيب فكانه قال بعتك على اني بري من العيب فلا يكون له الخيار الى هذا اشير في المبسوط حيث
قال ولو اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا يرده لان الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه
الشرط بل على وجه التبرو من العيب قوله الا انه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد
تصريح بان الولد قد يكون مقصودا بوطي الجارية وقد مر في كتاب العتاق انه لو قال لامتيه احديكما حرة فوطي
احديهما لا يكون بيانا للعتق في الاخرى ولو قال لامرأتيه احديكما طالق فوطي احديهما يكون بيانا للطلاق
في الاخرى عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان المبهم من الايجاب لا يعدم الوطي عنده فيراد ان المقصود من
وطي المنكوحة الولد فيدل على استبقاء الملك ومن وطي الامة قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على استبقاء الملك
فيها وانه تصريح بان المقصود في الجارية قضاء الشهوة دون الولد والزنا وان كان يخل بطلب
الولد فلا يخل بقضاء الشهوة فكانه اراد بقوله يخل بالمقصود في الجارية وهو طلب الولد انه قد يكون
المقصود فيها طلب الولد كما قال اولا لان المقصود قد يكون الاستفراش فلا يكون بيانا بالشك واراد
بما مر من قوله دون الولد انه لا يقصد به الولد في بعض الاوقات قوله اقصى غاية البلوغ ومدى
سبع عشرة سنة فيها اي في الجارية وادناها تسع سنين قوله عند ابي حنيفة فاما عندهما فاقصاها خمسة
عشرة سنة قوله فامتنع اصلا فان قيل ينبغي ان يثبت الشركة كما اذا اختلط السويق لرجل
بالتمر لرجل قلنا في اثبات الشركة ايضا اضرار بالبايع اذ الشركة عيب قوله وفي الثاني في
لي فيما اذا خاط لولده الكبير بعد اي تمام التمليك بعد الخياطة حيث لا يثوب تقبض لاب مناب قبض
الكبير لانعدام الولاية عليه والتمليك لا يوجب الملك الا بالتسليم والقبض فيتم التمليك من الكبير التسليم
اليه وانه متاخر من الخياطة والرد يمتنع بمجرد الخياطة وانها قبل التمليك فيضاف الامتناع الى الخياطة
دون التمليك فلا يكون حابسا المبيع حتى يمتنع الرجوع بالنقصان قوله وكل ما اوجب نقصان
الثمن في عادة التجار فهو عيب لان كل عارض اوجب نقصان الثمن فهو عيب فلا يرد ان الردائة
في الحنطة يوجب نقصان الثمن مع انه ليس بعيب اذ الردائة ليست بعارضة فالحنطة قد يكون

ردية في اصل الخلقة فيكون الردائة نوعا لا عيبا ثم ان الخصاء عيب ذكره في العيون وانه لا يوجب نقصا نا
في المالية بل زيادة فيه حتى لو اعتق الخصي من كفارته جاز وعلله في الكلية بان الخصاء يزيد في المالية
والمقصود ان ازالة المالية وقد ذكرنا في كفارة الظهار وجوابه ان الخصاء عيب من حيث انه يوجب فوات
عضو من اعضاء الادمي وهو من الجملة يوجب نقصان القيمة وان كان مالية باعتبار امر اخر فيدخل في عموم
قوله كل ما قوله والاباق والبول في الفراش في الصغير عيب قال في الفوايد الظهيرية وهنا مسئلة
عجيبة وهي ان من اشترى عبدا صغيرا يبول في الفراش فلم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب اخر كان له
ان يرجع بنقصان العيب فاذا رجع ثم كبر العبد هل للبايع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال ذلك العيب
بالبلوغ لا رواية في الكتب ثم قال وكان والدي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بما اذا اشترى جارية زوجها
ذات زوج كان له ان يردها فان تعيبت عنده يرجع بالنقصان فاذا رجع ثم ابانها زوجها كان للبايع ان يسترد
النقصان لزوال ذلك العيب فكذا هنا وبما اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرده فان تعيب عنده
رجع بالنقصان فاذا رجع ثم بري من مرضه هل للبايع ان يسترد قالوا ان كان البرء بالمداواة لم يكن له
ان يسترد ولا فله ذلك والبلوغ هنا لا بالمداواة وكان له ان يسترد وفيه نظر لان البلوغ ينتهي لعله
العيب في الصغير والشي بانتهايه يتقرر والمتقرر في الحكم الباقي فكان هذا العيب باقيا حكما فلا يسترد
النقصان بخلاف صاحب المسئلتين لان العيب فيهما زايل لا متقرر نعم لو كان الحكم فيما اذا مات الزوج عن المشتراة
كالحكم في صورة الابانة لكان الاستدلال به صحيحا لان العيب في الجارية وهو النكاح ينتهي بموت
الزوج عنها كالعيب في الصغير ينتهي بالبلوغ ولكنه غير مسلم لما ذكرنا ان المنتهي متقرر والمتقرر في
حكم الباقي الا يرى انه لو اشترى عبدا فاعتقه ثم اطلع على عيب كان له ان يرجع بالنقصان وعلله في
الكتاب بان الاعتاق انتهاء الملك والشي بانتهايه يتقرر فيجعل كان الملك باق والرد متعذر وكذا
خصومة المالك في القطع بسبب السرقة شرط حتى لو سقطت الخصومة قبله بان وهب المسروق للسارق
وسلم اليه لا يقطع اما لو انتهت الخصومة نهايتها بان رد السارق المسروق الى المالك بعد المرافعة
الى القاضي فانه يقطع لان المقصود من الخصومة استرداد المال وقد حصل فكانت الخصومة منتهية
لحصول مقصودها والمنتهي بمنزلة الباقي فكانت الخصومة قايمة وقت القطع فيقطع كذا ذكر في السرقة
فعلم ان المنتهي في حكم الباقي والله اعلم قوله لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء فان قلت
ذكر في التاتارخانية اشترى جارية فامتد طهرها من غير ظهور الحمل بها ليس له ان يردها على البايع
ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحمل او بالداء لان الارتفاع بدون هذين السببين لا يعد عيبا والمرجع في الحمل
الى النساء وفي الداء الى الاطباء كذا في الذخيرة فلو كان الانقطاع علامة الداء لصح الانقطاع بدعوى
الانقطاع ولم يشترط دعوى الانقطاع بالحمل او الداء اجيب بان دعوى الانقطاع بالحمل او الداء ليس بشرط

علي اختيار المصنف رحمه الله وان اختياره علي خلاف اختيار الفضلي وان احتمال الانقطاع بدون
وزيت السبب في مجري العادة ممنوع والي هذا يشير لفظ الذخيرة قبيل هذا حيث قال ان الناس
يدوك الانقطاع في مدة كبيرة مبارا ولو سلم فنقول معني قوله علامة الله انه دليل الله في الظاهر كاليد
دليل الملك والنابت بحكم الظاهر لا يكفي للالزام فلابد من ذكر الحبل او ذكر الله واقامت البينة عليه ان
احد هي طبيان او اخبرت بالحبل امراة **قوله** فتعين الرجوع بالنقصان **فان قلت** الرجوع
بالنقصان يوجب الضرر بالبايع حيث لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمي **اجيب** بان المشتري
ايضا يتضرر بامتناع الرجوع بالنقصان لكن دفع الضرر عن المشتري اولي من دفعه عن البايع لانه كالغار
علي المشتري حيث لم يعلمه بالعيب فكان مضيفا بالرجوع عند امتناع الرد بحدوث العيب في يد المشتري **قوله**
اما الموت فلان الملك ينتهي به والمنتهي في حكم المتقرر فكان الملك باقي والرد متعذر بامر حكمي فصار
كما لو تعيب عند المشتري ثم اطلع علي عيب اذ المعني ان الملك ينتهي بالموت وبانتهايه يمتنع الرد اذ
الرد صرف عادة الملك ولا يتصور اعادته بعد انتهايه فانه حينيذ ابتدا النقل من ملك الي ملك ومتي
امتنع الرد يرجع بالنقصان الا ان يكون حابسا وصاحبه بحابس هنا اذ الحبس انما يتصور فيما يحتمل النقل
فعلي هذا كان المراد بقوله لا بفعله من الفعل الذي لا يوجب الحبس كالبيع او المراد من الحبس
نفسه اي لا بحبسه وعلي الاول قوله لا بفعله تمسك بطريق الدلالة علي تعيينه **قوله** والامتناع حكمي
لا بفعله اي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة في ملكه لا فيد به احترازا عما اذا صبغه احمر ثم اطلع علي
عيب يرجع بنقصان العيب ولا شك ان الصبغ بفعله كذا في الشرح **قلت** لو قطع الثوب ثم اطلع علي
عيب رجع بالنقصان مع ان امتناع الرد بالقطع وانه لا يوجب الزيادة ففعل القتل لا يكفي لدفع ما يرد
ان قوله لا بفعله يشير الي ان امتناع الرد لو كان بفعله يمتنع الرجوع بالنقصان وليس كذلك فان
امتناع الرد فيما اذا قطع الثوب او صبغه احمر بفعله مع انه لا يمتنع الرجوع بالنقصان فالظاهر
ان يقال امتناع الرد لا بفعله وان كان لا يحتاج اليه للرجوع بالنقصان يحتاج اليه للرجوع
علي وجه لا يفترق فيه جواب الاستحسان مع جواب القياس فالموت لا يمنع الرجوع بالنقصان قياسا
واستحسانا وانه معلول بكون الامتناع حكميا لا بفعله كانه قال والامتناع حكمي لا بفعله فلا يمنع الرجوع
قياسا واستحسانا واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وفي الاستحسان يرجع اذ
فقول زاد قوله لا بفعله قصدا الي اثبات الحكم في الموت بدلالته مما اذا كان الامتناع بفعله غير مانع للرجوع
بالنقصان فلان لا يمنع اذا كان لا بفعله بل بامر حكمي اولي قوله لان الاعتاق انهاء للملك **وفيه بحث**
اما اولا فلتصور الملك بعد الاعتاق في كالامة اذا ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وكذا
العبد الذي اذا اعتق ثم لحق بدار الحرب ثم سبي فكان الاعتاق ازالة للملك لا انهاء واما ثانيا فلا نم

صرحا بان ارادة الطلاق من الفاظ العتق جايز وانه من قبيل ذكر السبب وارادة المسبب فلو كان
الاعتاق انها للملك لم يكن الطلاق مسببا له لان الطلاق وضع لازالة لا لانهايه **قوله** فكان
انهاء الي اخره حاصل الفرق بين البيع والاعتاق علي ما يعرف لفظ الكتاب من ان البيع حبس للمبيع
عن البايع واختيار من المشتري منعه عنه لانه اخراج للمبيع عن ملكه والاخراج يمنع الرد ومع اختيار
منعه عن البايع لا يرجع بالنقصان اما الاعتاق فليس بمنع للمبيع عن البايع لانه انهاء للملك وتقرير
له لان المنتهي في حكم الباقي فلا يكون نفس الاعتاق حبسا للمبيع ومنعا له عن البايع بل امتناع الرد بامر
حكمي وهو تعلق حق العبد بالعتق فصار كما لو صبغه احمر فان الصبغ متي لم يكن حبسا ومنعا للمبيع عن
البايع بل الامتناع فيه باعتبار الزيادة كان حق الرجوع بالنقصان كذا هنا لما لم يكن الاعتاق في نفسه
منعا لكونه تقريرا للملك لا اخراجا له عن ملكه كالبيع وكان الرد بامر حكمي لم يمنع الرجوع بالنقصان هذا
ولكن للخصم ان يقول سلمنا ان الاعتاق انها وتقرير لا اخراج وازالة ولكن لا نسلم ان الاعتاق تاكيد
للملك علي وجه لا يحتمل الزوال الي ملك اخر والتاكيد علي هذا الوجه اختيار للمنع كالاخراج بخلاف
الصبغ لان المصبوغ يحتمل النقل من ملك الي ملك فلا يكون حبسا ومنعا بل الامتناع عنه لمحض حكمي
الشرع ومنعه عن الرد لمكان الربوا وتقرير اخراج الاعتاق لما كان انهاء كان الملك باقيا حكما فيلحق
بما كان الملك باقيا حقيقة والرد متعذر وفيه يرجع بالنقصان كما لو تعيب بعيب اخر او صبغه بخلاف البيع
فانه مزيل للملك والرجوع بالنقصان لم يعرف الا مع بقاء الملك وذلك ان المشتري انما يرجع بالنقصان باعتبار
انه تملك المبيع مع جميع اوصافه فيملك المطالبة بالوصف الغايب وعند تعذر تسليمه يرجع بالنقصان
ولا يخفي انه انما يملك مطالبة الوصف الغايب عند قيام الملك في الاصل اما اذا لم يبق ملكه في الاصل
بطل في الوصف ايضا اذ لا تبع بدون الاصل فلا يملك المطالبة لانه لم يبق مالكا وقد يقال في وجه
الفرق ان المبيع بالبيع يبقي محلا للرد غير انه لا يقدر علي الرد بفعله وهو البيع فيتمكن البايع
من مطالبة المبيع لما هو ودفع ضرر نقصان الثمن عن نفسه ومع تمكنه من دفع الضرر عن نفسه
باعتبار بقاء المبيع صالحا للاسترداد لا يجبر علي قبول هذا الضرر حتي يرجع المشتري عليه بالنقصان
واما بعد الاعتاق فلا يبقي المبيع صالحا للاسترداد ولا يقدر البايع من دفع الضرر عن نفسه بمطالبة
المبيع كما هو فيندفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وفعله وهو الاعتاق لا يصلح لالزام الضرر
علي المشتري لانه فعل ما ندب فيه شرعا فلا يصلح سببا للغرامة **قوله** فيجعل كان الملك باق
والرد متعذر **قيل** بيان بقاء الملك شرط للرجوع بالنقصان والفقه فيه والله اعلم انه لو لم يبق الملك
لم يبق العقد ايضا لانه انما يجعل باقيا مع كونه عوضا غير قابل لبقاء حكمه وهو الملك فحيث لم يبق الملك
لم يبق العقد ومتي لم يبق للمشتري استحقاق وصف السلامة في المبيع لانه استحقه بالعقد ولم يبق ولما

لم يبق استحقاقه لم يتمكن من الرجوع بالنقصان لابتنائه على استحقاقه وصف السلامة ووجه اقتران
الرجوع بالنقصان خلف من الفسخ بما بالبيع عند تعذره فيستدعي تصور الفسخ واعادة ملك البايع
ولا ذلك الابتقاء الملك فلا بد منه اما حقيقة كما اذا تعيب عند المشتري او ازداد او حكما كما لو مات
او اعتق فان الملك بما يتقرر والمتقرر في حكم الباقي فصار كان الملك باق والرد متعذر **قال قلت**
تعذر الرد جاء من قبله حيث تعذر بفعله وهو الاعتاق فيجب ان يمنع الرجوع **قلت** الاعتاق
تصرف مملوك للمشتري وكل تصرف مملوك له لا يمنع الرجوع وان امتنع الرد به كالقطع والصبغ احمر
وذلك انه لو امتنع الرجوع بهذه التصرفات لتضرر به المشتري فانه ربما يتصرف في المبيع قبل العلم بالعيب
يظن انه سليم فلو امتنع الرجوع بالاطلاع على العيب بعد ذلك لتضرر به والضرر مدفوع نعم لو تصرف
بما يوجب حبس المبيع عن البايع بان بقي قابلا للنقل من ملك الى اخر امتنع الرجوع بالنقصان
لان جبر البايع على تسليم النقصان مع حبس المبيع عنه اضرار به فانه ربما لا يرضى الا بالمبيع
والاعتاق ليس بحبس اذ الحبس انما يتحقق اذا بقي المحل قابلا للنقل من ملك الى ملك والا يبقى قابلا
له بالاعتاق والتدبير والاستيلاد فلا يكون في الرجوع بالنقصان اضرار بالبايع **قوله** بالامر
الحكمي لعله بحبسه بخلاف البيع فانهما افترقا **قوله** لانه انهاء للملك **قلت** لان التابيد انما الملك الى
تبايعه وبقائه وان كان شرطا للرجوع فليس بموجب له سيما اذا وجد المانع وهو حبس البدل فالاولى
ان يعلل بان المال في الاعتاق على مال هلك المعيبا وملكه لا ينع عوضا عن ملكه فهي عقلية كرم ياخذ
مال نفسه ويعتق عبده فكان اعتاقا بلا بدل في الحقيقة فلا يمنع الرجوع والله اعلم **قوله** بخلاف
الاعتاق لانه لا يوجب الضمان البتة كانه جواب عما يقال ان الاعتاق ايضا يوجب الضمان كالقتل
ولكن لا يظهر ذلك باعتبار الملك فيصير كالمستوفي به عوضا كما في القتل فقال في وجه الفرق بخلاف
الاعتاق الخ وتوضيحه ان في القتل انما لا يرجع بالنقصان باعتبار ان فيه شبهة الحبس لكونه مضمونا البتة
وهذه الشبهة تنزل الى شبهة الشبهة في الاعتاق لانه قد يوجب الضمان وقد لا يوجبه وهذه الشبهة
في القتل باعتبار الضمان وهو ليس بثابت في الاعتاق البتة فينزل الى شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة
دون النازل عنها **قوله** انه صنع في المبيع ما يتصل به ويعتاد فعله فيه فلو امتنع الرجوع
بهذه الافعال لتضرر المشتري لانه ربما يفعل هذه الافعال المقصودة بالشري الغالبة وقوعا بعد ان لم
يطلع على عيب فلو لم يتمكن من الرجوع بالنقصان بعدها لتضرر به كثير ضرر وتوجيهه اخر ان هذه الافعال
لما كانت مقصودة بالشري والشري يتم من قبل البايع فصار المشتري كالمسلط على هذه الافعال من
قبل البايع فصار امتناع الرد مضافا الى البايع لا الى المشتري حكما فلا يمتنع الرجوع **قوله** والقليل
ما لا يخلو عنه الجياد عادة كالواحد والاثنين في المائة مشكل لما يأتي ان المسلم اليه واذا وجد

بعض راس المال زيفا بعد ما افترقا فرده واستبدل به في مجلس الرد فان كان المردود قليلا
صح وان كان كثيرا بطل عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان القبض انتقض من الاصل ولهذا يعود
الاجل لو كان موجلا وكذا الكفالة والرهن وكانهما افترقا من غير قبض الا ان في القليل ضرورة لان
الزيوف لا ينفك عن قليل والضرورة في الكثير والقليل عند ابي حنيفة هو ما دون النصف والكثير
ما فوقه وفي النصف عنه روايتان كذا ذكر في ~~درر المنتقى~~ الكافي فقد اعتبر القليل في مسألة السلم
ما دون النصف بل النصف في رواية وهنا اعتبر القليل والحد واثنين في المائة مع ان هذا العنى
في المسألتين واحد وهي انه لا يخلو عن قليل فتامل اذ زيف ووجه الفرق مشكل **قوله** ثم رده
عليه اي بعد القبض ان التفصيل الذي ذكر بقوله فان قبله الخ انما هو اذا كان الرد بعد القبض
لانه لو رد عليه قبل القبض فله ان يرده على بايعه سواء كان الرد بالقضاء او بالرضاء لان الرد بالعيب
قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل حتى لا يتوقف على القضاء فصار كانه لم يبع كذا ذكر في
الكفاية وانه مشكل لما ذكر فيه في باب البيع الفاسد انه لو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب بقضاء
لم يملك بيعه من بايعه باقل مما باع لانه فسخ من كل وجه بخلاف ما لو رد برضا قبل القبض او بعده
او بالاقالة لانه بيع جديد في حق الثالث والبايع الاول ثالثهما هنا كلامه ووجه الاشكال ظاهر حيث اعتبر
الرد قبل القبض بالرضا بيعا جديدا ثم حق حاز للبايع ان يشتريه من المشتري الاول بعد ما رد
عليه مشتريه قبل القبض برضا باقل مما باعه واعتبره فسخا من كل وجه هنا حتى جاز للمشتري الاول
ان يرده على بايعه بعد ما رد عليه مشتريه برضا قبل القبض والحق ما ذكره هنا لان بيع المبيع قبل
القبض لا يجوز سيما من البايع فانه لا يجوز في المنقول والعقار جميعا لانه يفوت القبض المستحق بالعقد
فيجب ان يجعل الرد قبل القبض فسخا وان كان برضا فهذا في غاية الاشكال وغاية ما يمكن ان
يقال ان الرد بالعيب بالرضا قبل القبض ان كان فسخا في حق الكل فلا اقل من شبهة المبادلة
من حيث ان المشتري يملكه ثم يملكه البايع براضاه منهما ويحل الثالث ولو حكما بمنع فساد شراء ما باع باقل
مما باع الا يرى ان وكيل البايع اذا اشترى ما باعه للاجل باقل مما باع جاز حيث يتعدد بين الوكيل بالبيع
وموكله مبادلة حكمية حيث تسلم له المبيع من قبل الوكيل حتى كان له ان يرده عليه بالعيب وبالتحالف
اذا اختلفا في قدر الثمن او قدر المبيع فصار كانه اشتراه لنفسه ثم باعه من البايع باقل مما باع وهو
يحل الثالث حقيقة فصح شراء ما باع باقل مما باع فكذا اذا تخلل حكما والمبادلة بين البايع والمشتري
في صورة الرد بالعيب ليس باقل من المبادلة بين الوكيل بالشري وموكله وكذا يكفي لجواز شرا
ما باع باقل منه فهذا اولى وذلك انه فساد ضعيف لكونه مجتهدا فيه اولانه شبهة الربوا فيكفي لجوازه شبهة
يحلل الثالث فاما الرد بالعيب فقد كان للمشتري ولاية ذلك فاذا باعه من اخر ثم رد عليه قبل القبض

برضا فإن هذا الرد ان اعتبر فسخا لم يكن له ان يرده على بايعه وان اعتبر فسخا كان له ذلك وقد
كان له الرد فلا ينقطع هذا الحق بالبيع والله اعلم **قوله** فان قبل بقضاء القاضي كان للاول ان
يرده فان رد بقضاء اذ لا عبرة للقبول في صورة القضاء التسليط على الكسر في ملك المشتري الثاني
ملكه ثم لكن بشرط ان لا يظهر فاسدا يرده الى البايع بالمنع بل بشرط ان لو ظهر
فانه يرفع المشتري الضرر عن نفسه من غير الحاق الضرر بالبايع وفي الرد الحاق ضرر به فيتعين
الرجوع بالنقصان ونحن نقول به **قوله** غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا
فان **قلت** قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب
عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند الاول ليس بشرط للرد على الثاني يوضحه
ان التكذيب في الانكار انما يثبت لضرورة القضاء بقيام العيب والقاضي انما يقضي بقيامه عند البيع
الثاني فيقتصر التكذيب على انكاره العيب عنده ايضا فلا يكون مكذبا في انكاره العيب عند البيع
الاول فينبغي ان لا يرد على بايعه **قلت** هذا تشكيك محمد رحمه الله تعالى ليس للمشتري
الاول ان يرده على بايعه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول ان الانكار اما ان صدر منه مطلقا
بقوله لا عيب فيه او مقيدا بقوله لا عيب فيه حين بعته منك وقبضته فان صدر مقيدا فظاهر انه
ليس بمنكر قيام العيب عند البيع الاول فله ان يرده على بايعه وان صدر مطلقا فهو منصرف
الى قيام العيب عند البيع الثاني لانه خرج مخرج الجواب للمدعي وهو لا يدعي الا قيام العيب
عند البيع الثاني فيكون انكاره منصرفا الى ما يدعيه خصمه فلا يكون منكرا الا قيام العيب عند
البيع الثاني والشرع قد كذبه فيه فبطل وصار وجوده كعدمه فيكون له الرد على بايعه **قوله**
ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وفي المبسوط ان كان الرد بنكوله او باقراره
بقضاء القاضي بان اقر بالعيب اولا ثم ابى القبول يرد على البايع الاول لان هذا فسخ حصل
بقضاء القاضي بغير رضا المشتري الاول فيكون فسخا في حق الكل كالرد بالبينة وانما قلنا انه حصل
بغير رضا المشتري الاول اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الرضا بالفسخ بطريق الدلالة يثبت من
حيث انه باشر سبب الفسخ بالنكول او بالاقرار بالعيب وهما ليسا بسبب للفسخ فان الفسخ لا يحصل بهما وانما
يحصل بقضاء القاضي عن اختيار وحكم الشيء ما يعقبه من غير ان يتخلل بينه وبين الحكم فعل فاعل
مختار هذا كلامه وذلك يشعر بان انكار الاقرار ثم اثباته بالبينة مما لا حاجة اليه بل يكفي للقضاء
بالاقرار ان يقر بالعيب ثم ابى القبول ولكن لقايل ان يقول ان وجود العيب في يد البايع
شرط الرد وفسخ العقد وقد نص في الكافي في باب طلاق المريض ان الرضا بالشرط
رضا بالمشروط حتى لو علق طلاقها بفعلها ففعلت والتعليق والشرط في المرض والفعل مما لها

منه بد لم ترث لانها لما باشرت الشرط صارت راضية بالطلاق فلا يكون الزوج فارا ولا اقرار بالعيب
رضا بظهور العيب في يد البايع والرضا بظهوره في يده رضا بالفسخ لانه شرط الفسخ والرضا بالشرط
رضا بالمشروط وقد ذكر في بعض المواضع اشترى عبدا وقبضه واراد ان يرده بالعيب فقال البايع
هذا العيب حدث عندك فاستحلفه القاضي فابى فرده عليه له ان يرده على بايعه ولو لم يأب اليمين
ولكن اقر بالعيب لم يكن له ان يخاصم بايعه فهذا يدل على ان الرد على المشتري الاول بقضاء او بغير
عند اقراره بالعيب يمنع الرد على بايعه فلا بد من التاويل فلعل المصنف رحمه الله اختار هذه الرواية
فلذا اول بالاقرار بانكار الاقرار ثم اثبت عليه بالبينة ولكن هذا ايضا مشكل اما اولا فلان نكول المشتري
اعتبر اقرارا في فصل الاستحقاق حتى لو استحق المبيع باباء يمين لم يكن له ان يرجع على بايعه بالثمن
وذلك لانه مختار في النكول من حيث ان مطلق اليمين وهو المشتري الذي من اسباب الملك
موجود في حقه فلو كان اقراره مانعا للرد وجب ان يكون نكوله ايضا مانعا كما في فصل الاستحقاق
واما ثانيا فلان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الاقرار معاينة لم يكن له ان يرد على
بايعه فكذا اذا ثبت بالبينة **قوله** يرجع اليه اي يرجع الى البايع بالخصومة وليس المراد
الرجوع اليه بنقصان العيب لانه ليس له ذلك هنا **قوله** للتيقن بقيام العيب عند البايع
الاول ولكن الفسخ بالرضا لما كان بيعا في حق البايع الاول بتبدل ملك المشتري في حقه وتبدل
الملك بمنزلة تبدل العين فصار كما اذا اشترى المشتري الاول عبدا اخر من مشتريه على ان
التيقن بقيام العيب لا يوجب الفسخ بالمراضاة حتى يمنع الرد على البايع بل يحتاج الى الجبر
ومع الجبر لا يمكن اعتباره بيعا بل يكون فسخا في حق الكل فيكون له الرد كان البيع الثاني لم يوجد
قوله حتى يحلف البايع او يقيم المشتري بينة مشكل لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الدفع
ونفيه لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر وانما يصح باضمار شيء بان يقال او يقيم المشتري بينة فيستمر عدم
الاجبار كذا في الكافية **قلت** [illegible] قوله فيستمر عدم الاجبار لا يصح هذا الكلام بل بنفسه حيث
يؤول الى لم يجبر حتى يقيم المشتري بينة فيستمر عدم الاجبار وانه فاسد لان قوله حتى يقيم يدل على
انتهاء عدم الاجبار رجوعا الى كلمة حتى وانتهاء عدم الاجبار مع استمراره مستحيل لمكان التنافي بين
عدم الاجبار واستمراره [illegible] الا ان يجعل او بمعنى الا على معنى ان عدم الاجبار منتهي بالحلف في جميع
الاوقات الا وقت اقامة البينة على وجود العيب فان عدم الاجبار لا ينتهي بالحلف اذ المعنى حتى
يحلف البايع في جميع الاوقات الا وقت اقامة البينة على وجود العيب لم يجب ايجاد البينة
بعد الحلف مقبولة في احدى الروايتين وقد توهم لفظ المتن بان المراد بالمشتري البايع اذ الانزال
منزلة بين اخراج المبيع عن ملكه وبين الادخال في ملكه والكلام من قبيل وضع الظاهر موضع

التخيير اي او يقيم الغيب البايع بينة علي رضى المشتري بالعيب وبان المراد بقوله لم يجبر التوقف والانتظار اي يتوقف فيه وينتظر حتى يحلف البايع فيجبر علي دفع الثمن او يقيم المشتري بينة فيفسخ البيع وبان الكلام علي حذف المعطوف اي لم يجبر علي دفع الثمن ولم يفسخ العقد حتى يحلف البايع ثم يجبر علي دفع الثمن او يقيم المشتري بينة علي وجود العيب عند البيع ثم يفسخ العقد ويرد المبيع وكل ذلك لا يخلو عن تكلف

قوله ودفع الثمن اولا اي قبل تسليم المبيع ليتعين حقه اي حق البايع في الثمن لانه دين لا يتعين الا بالقبض فيجب علي المشتري تسليم الثمن ليتعين حق البايع اي ليصير عينا كما تعين حقه في المبيع قبل التسليم لانه عين يتعين بالتعيين فيتحقق المساواة بين المتعاقدين كما هو مقتضى عقد المعاوضة وبالجملة ان وجوب دفع الثمن علي المشتري اولا ليس الا ليتعين حق البايع في الثمن كما يتعين حق المشتري في المبيع فاذا انكر تعين حقه في المبيع بدعوى العيب لان حقه في السليم دون المعيب لم يجب عليه دفعه اولا هكذا حاصل المتن وفيه نظر لانه وضع المسئلة بعد قبض المبيع حيث قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ومعنى دفع الثمن اولا انه يدفعه قبل دفع البايع المبيع اليه وهذا انما يعقل اذا كان وضع المسئلة قبل القبض وقد وضعها بعد القبض فلا وجه لقوله ودفع الثمن اولا اي قبل قبض المبيع الي اخره فكانه اراد بقوله فقبضه فقصد قبضه ولم يقبضه بعد حتى ادعى عيبا فانه لم يجبر علي دفعه كما كان يجبر عليه عند ارادة القبض لولا دعوى العيب ثم يترتب عليه قوله ودفع الثمن اولا والله اعلم

ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضايه وذلك لان القضاء حق الشرع ولا اصل فيه الصون **فان قلت** اذا بيعت الدار وله ثلث شفعا فحضر احدهم واثبت الاستحقاق جاز للقاضي ان يقضي بالكل مع احتمال الانتقاض حتى لو حضر احدهما او حضرا ماخذ ثلثي الدار وثلثه **اجيب** بان القضاء انما يجب صونه عن البطلان بالتاخير اذا لم يتضمن التاخير ابطال حق العبد اما اذا تضمن فلا لان القضاء حق الشرع وحق العبد لحاجته مقدم عليه صيانة وفي فصل الشفعة لو اخر القضاء الي وقت حضور الشفعاء لتاخر حق الحاضر لا الي غاية معلومة اذ وقت حضورهم غير معلوم ومثل هذا التاخير يجري مجرى الابطال اما هنا فتاخير القضاء بدفع الثمن الي البايع لا يودي الي التاخير الي وقت غير معلوم لامكان المصير الي حلف البايع او بينة المشتري في الحال والدليل علي ما قلنا ان المشتري لو قال شهودي بالشام لا ينتظر حضور الشهود بل يحلف البايع لان في الانتظار تاخير حق البايع لا الي وقت معلوم وان كان في القضاء توهم الابطال باقامة المشتري البينة وقد اجيب بانه لا ينتقض القضاء حيث لا يرجع الي المشتري ولو انتقض لرجع عليه ثم اقل من الشفيع الحاضر وضعفه ظاهر نعم يشكل بالرد في استحقاق المبيع من يدي المشتري وهو لم يودي الثمن او ادى بعضه يجبر علي اداء الثمن هكذا حكى فتوى بعض المشايخ مع انه لو قضى بدفع الثمن فلعله

يظهر

يظهر الاستحقاق ويفسخ البيع فينتقض القضاء بالدفع فيجب ان لا يقضي به صونا للقضاء عن البطلان كما لا يقضي به في فصل العيب بما ذكر في الذخيرة من الفرق بين فصل العيب والاستحقاق ان في فصل العيب لو دفع يسترد ثانيا لا محالة وفي فصل الاستحقاق لا يسترد ثانيا لا محالة لجواز ان القاضي لا يقضي ببينة المستحق او يجيز المستحق البيع فعنه نظر للقطع بان احتمال ان لا يقضي بالبينة ثابت في الفصلين وبعد القضاء بالعيب بالبينة يحتمل ان لا ينفسخ البيع بان رضي المشتري مع العيب او يحدث عيب اخر قبل الرد فيمتنع الرد الا ان يقال في فصل الاستحقاق احتمال الاحتمال لجواز ان لا يقضي ببينة المستحق وقبل القضاء يحتمل ان يجيز المستحق البيع اذ القضاء بالاستحقاق ليس بفسخ للبيع في الصحيح والمعتبر هو الاحتمال دون احتمال الاحتمال وفي فصل العيب ان كان يحتمل ان لا يقضي ببينة المشتري فبعد القضاء بالعيب رضي المشتري بالعيب ليس بمتعارف فالتحق بالعدم واما حدوث عيب اخر فهو مع كونه نادرا في مثل هذه المدة ان كان يمنع الرجوع بكل الثمن فهو يحقق الرجوع بقدر النقصان فينتقض القضاء بذلك القدر البتة يعرف بالتامل **قوله** لانه علي حجته فيه دليل علي ان اقامة البينة من المدعي بعد يمين المدعا عليه جايز وفي الجامع الصغير رجل قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة تقبل في قول ابي حنيفة وقال محمد لا يقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي جمع البني في قبول هذه البينة روايتان عن اصحابنا رحمهم الله **فان قلت** اليس يتضرر المشتري علي قول محمد وهو كثير ضرر حيث يجبر علي دفع الثمن ولا يبقى علي حجته **قلت** حق المدعي عند العجز من البينة هو اليمين لقوله عليه السلام فلك يمينه فالمشتري يستوفي حقه بالتحليف والبايع لا يصل بالتاخير الي حقه اصلا فكان رعاية جانب البايع اولى من رعاية جانب المشتري بالتاخير الي وقت حضور الشهود **قوله** والمراد بالتحليف علي انه لم يابق عند البايع يعني لم يرد به التحليف علي انه لم يابق عند المشتري لتوهم حتى يقيم المشتري البينة علي انه قد ابق عنده اي عند المشتري اذ المعنى ثم يحلف ولا يخفى ان التحليف بعد اقامة المشتري البينة علي الاباق في يده انما هو علي انه لم يابق عند البايع لا علي انه لم يابق عند المشتري اذ لا معنى لهذا التحليف بعد ما ثبت العيب عنده بالبينة ثم اعلم بان قيام العيب في الحال شرط لاستماع الخصومة **فان قيل** اي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى علي اخر دينا وانكر المدعا عليه قيام الدين فالقاضي يامر المدعي عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وكما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل عارض **قلت** الفرق بينهما هو ان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لما يتوسل المدعي الي احياء حقه علي انه لا يكون له بينة اصلا او كانت له بينة ولكن لا يقدر علي اقامتها لموتهم او لغيبتهم اما في دعوى العيب فلو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة لتوسل المدعي الي احياء

المشتري

والشغل

ثم ذكر في الفصول في دعوى الدفع ... [illegible]

حتى لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن اثاره وان لم يعرف بالمشاهدة امكن
المعرفة عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل كذا في الشرح وهل يصح ان يقال ان المشتري لا يصير خصما
لا بقيام العيب لان الولاية الخصومة مبنية على فوات وصف السلامة فلابد اولا من اثبات ذلك
بالبينة ليصير خصما كما في دعوى العقار لابد ان يقول انه في يده ويثبته لانه لا يصير خصما الا باثبات
اليد فلابد من اثباته اولا اما قيام الدين في ذمة المدعا عليه فليس بشرط لصيرورته خصما في حق اثبات
الدين حتى يشترط اثباته اولا بالبينة كيف ولو ثبت الدين بالبينة اولا لارتفعت الخصومة فلا يكون
ذلك شرطا لصحتها فظهر ان قيام العيب في يد البايع ليس باعتبار ان السلامة اصل والعيب عارض
بل باعتبار ان ولاية المخاصمة هنا لفوات وصف السلامة فلابد من اثباته اولا ليصح مخاصمته مع
البايع ولا كذلك في فصل الدين فافترقا **قوله** او بالله ما ابق عنده قط **فان قيل** في دعوى
الاباق والسرقة ينبغي ان يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير **قلنا** انما يحلف على البتات
لان البايع ضمن تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه ولان التحليف على فعل
الغير انما يحلف على العلم اذا ادعى انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على
البتات الا يرى ان المودع يحلف على البتات لادعاء العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع
كذا في الشرح **قلت** الاستدلال بتحليف المودع يحصل بالتحليف التي هي قبض حكمي ولا شك ان التحلية
فعل المودع دون المودع فيكون تحليفه على فعله لا على فعل غيره وهو القبض الحقيقي الا انه يقال
رد الوديعة انما يحصل بالتحلية لقيامها مقام القبض باعتبار انها سبب له والشي اذا قام مقام غيره
يعطى له حكم ذلك الغير لا حكم نفسه فصارت التحلية لقيامها مقام القبض الحقيقي فعل المودع فيكون
التحليف عليها تحليفا على فعل الغير ثم القاضي الامام ظهير الدين قال هذا لا يقوى فان المسلمين
احدهما باع رجلان عبدا ثم ان احدهما مات وورثه البايع الآخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف
في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وانه يدعي العلم بانتفاء العيب
زمان البيع وكذلك المتفاوضان اذا باعا عبدا وغاب احدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر
في نصيبه بالجزم وفي نصيب الغير بالعلم وان ادعى ان له علما بذلك والجواب عن الاولى انه انما
يحلف على نصيب مورثه باعتبار انه نايب عنه ومن حيث انه نايب عنه لا يدعي العلم فلا يحلف
على البتات وجاز ان يثبت الشي بجهة الاصالة ولا يثبت ذلك بجهة النيابة كمن باع عبد غيره ثم
برهن في حيوة رب العبد على اقرار المشتري انه لم يامره بالبيع فانه لا يقبل بينته لانه متناقض
اما لو مات رب العبد وورثه البايع ثم برهن على اقرار المشتري بذلك يقبل لانه في حيوة المورث لو
قبلت بينته على هذا الوجه فانما يقبل من حيث انه اصل ومن حيث انه اصل هو متناقض وبعد الموت

انما يقبل من حيث انه نايب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه لا يكون متناقضا فكذا نايبه كذا في
الكافي وفيما نحن فيه ان كان الوارث يدعي العلم فهو لا يدعيه من حيث انه نايب عن الميت
فلا جرم يحلف بجهة الجهة على العلم دون البتات وبمثل هذا يقول في الجواب عن الثانية وذكر
في المحيط ان صاحب العبد لو لم يجعل الوكالة حتى مات فورثه البايع فقال انه لم يامرني بالبيع
لا يلتفت اليه لانه في نقض ما تم من جهته ولانه متناقض **فان قلت** ينبغي ان يلتفت اليه من
حيث انه صار بمنزلة الميت وقام مقامه ومن هذا الوجه لا يتحقق التناقض قلنا انما يلتفت اليه
قوله اذا صار بمنزلة الميت قائما مقامه في هذه العين وشرط قيامه مقامه في هذه العين بقاؤه على ملكه
وذا لا يثبت بمجرد قوله ولو اقام بينة على اقرار المشتري ان المالك جحد الامر بالبيع قبلت بينته لانه يثبت
بينته اقرار المشتري ببطلان حقه ولا يريد ابطال ما اوجبه بل يقول اني اوجبت البيع والتزمت
التسليم الا ان المشتري نقض ما اوجبت فانعدم التناقض هذا لفظه والله اعلم **قوله** فالقول قول
المشتري **فان قلت** وجب ان يتحالفا لانهما في مقدار المبيع **اجيب** بان الاختلاف ههنا من حيث
المعنى في مقدار ما يرجع به المشتري على البايع لا في مقدار المبيع لانه غير مقصود **قوله** فيكون
القول للقابض لانه ينكر قبض الزيادة كذا في الكافي وقد يقال ان القابض وان كان منكرا
في الصورة قبض الزيادة فهو يدعي الرجوع بعد رد الجارية بكل الثمن والبايع وان ادعى في
الصورة قبض الزيادة فهو في المعنى ينكر رجوعه عليه بكل الثمن بل ليس لك ان ترجع على بكل الثمن
بل بحصة الجارية المعينة بعد قسمة الثمن عليها وعلى القيمة معها وقد عرف ان البينة على اعتبار
الظاهر واليمين على اعتبار المعنى والمقصود كالمودع اذا ادعى رد الوديعة والمستودع ينكر ردها
فالقول للمودع وان كان مدعيا للرد لانه ينكر الضمان والمستودع يدعيه فالاولى ان يقال انما يكون
القول للقابض لانه اعرف بحال المقبوض لانه في يده الآن فالظاهر شاهد له والقول قول من يشهد
له الظاهر **قوله** ووجد بالآخر عيبا قيد بالآخر ليعتبر المقبوض مع ان المسئلة فيما اذا وجد بالمقبوض
عيبا كذلك لانه اذا وجد بالمقبوض عيبا ففيه اختلاف كما سيذكر فالجواب على الاطلاق انما هو فيما اذا
وجد بالآخر عيبا **قوله** وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد وقد
يشكل بما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض حيث يبقى العقد ويخير في المبيع لتغير وصف المبيع بمنزلة
ما اذا تعيب ومايشكل المسئلة في كتاب الصرف فلو كان للقبض حكم العقد لما بقي العقد في هذه المسئلة لانعقاد
القبض الذي هو في حكم العقد الا يرى ان الذمي اذا اشترى من ذمي خمرا او خنزيرا فاسلما او اسلم احدهما
ينفسخ البيع ويمنع عن القبض لما ذكرنا ان القبض في باب البيع له حكم العقد لانه يستفاد به ملك التصرف
بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وايضا اذا اشترى ارضا ونخلا بثمرها فاثمر قبل قبضه بمثل الثمر اخذ

الكل بالثمن ولم يفسد العقد ولو كان القبض بحكم العقد بمنزلة العقد وجب ان يفسد العقد كما لو اشتري الارض والنخل مع ثمرها بثمن مثل ثمرها او الجوالب من الاول ان الشارح ذكر في الذهن ان الشري نقد اذا ثمر العصر قبل القبض وهكذا ذكر في الكافي في كتاب الشركة قلنا ان يمنع واما اذا تبايع الذميان فاسلم احدهما قبل القبض فعيب ايضا اختلاف المشايخ اشار اليه في الكتاب في باب المكاتبة الفاسدة حيث قال واذا تبايع الذميان فاسلم احدهما يفسد البيع علي ما قال البعض هذا لنظر وفيه اشارة الي الخلاف فكانت مسلة التمر والاسلام سواء فلا يحتاج الي الفرق وعن الثاني ان قبض الثمر الذي اثمر النخيل المبيع مع الارض ليس بقبض للمبيع حتي يكون كالبيع **قوله** خلافا لزفر فانه يقول فيه تفريق الصفقة الي اخره هكذا ذكر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ما يخالفه فقال اذا اشتري عبدين فوجد باحدهما عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض كذا في الكافي فعن زفر روايتان في رواية لم يجوز تفريق الصفقة قبل القبض وبعده فقاس ما بعد القبض علي ما قبله وفي رواية اجاز تفريقها قبل القبض وبعده فقاس ما قبل القبض علي ما بعده ووجه الاولى ان التفريق قبل القبض انما لا يجوز لما فيه من الاضرار بالبايع بترك مرض وهو تزويج الردي بالضم مع الجيد وهذا الاضرار قايم في التفريق بعد القبض فلا يجوز ايضا ووجه الثانية ان التفريق بعد القبض انما جاز لان علة الرد هو العيب وذا وجد في احدهما والحكم يثبت بحسب العلة فلا يتعدي الي غير المعيب وهذا المعني موجود قبل القبض ايضا فيكون الحكم في الحالتين واحدا والاتفاق التفريق انما جاز بعد القبض صيانة لملك المشتري في السليم والملك له ثابت في الحالين فصح التفريق فيهما صيانة لملكه في الوجهين **قوله** اما الركوب للرد فلانه سبب الرد **قلت** بل السبب هو الحرق الي البايع او النزوة اليه اما الركوب فزايد علي ما يحصل به الرد ثم قد يحتاج اليه اما الصعوبة الدابة او لعجزه فيجب ان يكون الجواب في الركوب للرد علي التفصيل كما في الركوب للسقي او للعلف كما هو احدي الروايتين في الكافي ولو ركب للرد او ليسقيها او ليشتري علفها لا يكون رضا استحسانا لانه يحتاج في ردها الي سوقها وربما لا تنقاد له ما لم يركبها وكذا في سقيها وعلفها وقيل تاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب بان كانت جموحا لا يمكن ضبطها وقيل الركوب للرد لا يكون رضا وان امكن الرد بدون الركوب لانه يفضي الي الرد ويعززه ولا كذلك الركوب للسقي والعلف هذا كلامه **قوله** محمول علي ما اذا لم يجد بدا منه **قلت** بل يجب ان يكون الجواب مطلقا غير محمول علي ذلك كما هو احدي الروايتين علي ما ذكرنا من الكافي وذلك ان مدة امكان السقي لا بالركوب علي اعتياد بعض الدواب يكفي لكونه عذرا لما يري انه لو اوقف الدابة لاجل الدرس فوافت فعطبت انسان بروثها لم يضمن لان من الدواب

مالا ينعل ذلك الا بالاتفاق وما اخذ نقد حكمنا بعدم الضمان مطلقا علي اعتياد عادة بعض الدواب ولم يفصلوا بين ما اذا كانت الدابة لا تروث الا بالايقاف وما اذا راثت بلا ايقاف ايضا فكذا هنا يجب ان لا يكون الركوب للسقي والعلف رضا بالعيب علي اعتبار عادة بعض الدواب انها لا تنقاد الا بالركوب وايضا لما كان الجواب عند بعض المشايخ مطلقا غير مقيد بما اذا لم يجد منه بدا وجب ان تجري جواب الكتاب علي اطلاقه اذ المطلق اذا امكن اجراؤه علي اطلاقه وجب ان تجري عليه ثم لو كان المختار عند المصنف هو التفصيل لزمه ان يقول اطلق الجواب في الكتاب والصحيح هو التفصيل فاما حمل جواب الكتاب علي ما هو مذهب البعض من التفصيل مع امكان ان يكون المذكور في الكتاب قول من لم يفصل فلا يعرف وجهه اللهم الا ان يكون الاختلاف بين العلماء في قول محمد في الكتاب انه مطلق ام علي التفصيل في الكل او في البعض فزعم البعض انه مطلق في الكل وبعضهم انه علي التفصيل في الكل وبعضهم انه علي التفصيل علي الركوب للسقي او لشراء العلف وعلي الاطلاق في الركوب للرد وهو مختار المصنف **قوله** له ان يرده ويأخذ الثمن لان جميع المبيع لو كان بمسكه ويرجع بنقصان الثمن لان اليد من الادمي نصفه **قوله** وعندهما يرجع بما بين قيمته الي يرجع في الثمن بحسب تفاوت بين قيمته سارقا الي غير سارق اي يقوم سارقا وغير سارق فينظركم ما بينهما من التفاوت ان كان التفاوت بينهما بالنصف يرجع بنصف الثمن وان كان بالثلث يرجع بثلث الثمن وعلي هذا مثلا قيمته سارقا عشرون درهما وغير سارق ثلثون درهما والثمن خمسة عشر درهما يرجع بثلث الثمن وهو خمسة دراهم اذ التفاوت بين القيمتين بالثلث **قوله** اذا قتل بسبب وجد في يد البايع في الحاشية كالرجم وغيره **قلت** هذا في صحته الي زيد تامل **قوله** ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب وقال الشافعي رحمه الله ان لا يصح البراءة وذكر في شرح الحاوي ان باع بشرط براءة عيب لا يعلمه البايع في الحيوان لا يبطل العقد بخلاف ما يعلمه وبخلاف غير الحيوان لما روي ان ابن عمر رضي الله عنه باع عبدا من زيد بن ثابت بثمان مائة درهم بشرط البراءة فاصاب زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الي عثمان فقال عثمان لابن عمر احلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بالف درهم والفرق من جهة المعني بين ما يعلمه ان كتمان العيب المعلوم تلبيس والفرق بين الحيوان وغيره ان الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي او ظاهر فتمس الحاجة الي هذا الشرط فيه ليوثق بلزوم البيع الي هنا كلامه وبهذا تبين ان خلاف الشافعي رحمه الله في العبد وغيره من الحيوانات انما هو اذا شرط البراءة وهو يعلم العيب اما اذا لم يعلم فالشرط صحيح عنده ايضا فذكر خلافه في العبد مطلقا والتعليل ببطلان الابراء عن المجهول المشهور بخلافه في اذا علم بالعيب وفيما اذا لم

يعلم ليس كما ينبغي والله اعلم قوله بناء علي مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح من يقول ان
في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح فان قلت انما يكون في الابراء معنى
التمليك اذا كان ابراء عما يكون مالا من وجه كالدين اما ما لا يكون مالا ولا يحتمل التمليك بوجه فهو اسقاط
محض كالعفو عن القصاص والابراء عن العيب مثل العفو عن القصاص فيكون اسقاطا محضا وكل اسقاط
عن المجهول جايز بلا نزاع قلنا حصة العيب يجب علي البايع بعد قبض المشتري المبيع علي ما ذكرنا
من الكافي فيكون الابراء عن العيب ابراء عما يحصه من الثمن بعد القبض وحصته دين يحتمل التمليك
فيودي الي تمليك المجهول وانه باطل وفيه بحث لان حصته انما يجب بعد القبض والابراء عن
العيب ربما يكون قبل القبض وقبل القبض لا دين هنا حتى يودي الي تمليك المجهول فهذا
التعليل من قبل الشافعي رحه انما يتم اذا ثبت ان المعقود عنه في حكم المال في احتمال التمليك

باب البيع الفاسد

قوله محرما الي محرما انتفاعه فلا يرد الزرنيخ والكلاء المخلوط ونحو
لانه وان كان محرم الاكل فهو جايز الانتفاع حيث ينتفع به بالالقاء في الاراضي لكثرة الريع وجها وتركا
وكذا بيع الكلب جايز وان كان محرم الاكل لجواز الانتفاع به حراسة واصطيادا ومثل الفهد والسباع
البهايم والطيور نعم انه اراد بقوله محرما محرم الانتفاع بحيث لا يجوز الانتفاع بعينه اصلا اما ما جاز الانتفاع
به في الجملة فبيعه جايز ثم يشكل بشعر الخنزير فانه يباح الانتفاع به لجواز استعماله في عمل الخرز ولا
يجوز بيعه قوله احد العوضين ذكره بطريق التغليب لان احدهما معوض كذا في الحاشية قلت
بل كل منهما معوض فالمبيع معوض عن الثمن في حق المشتري والثمن عوض عن المبيع في حق البايع
فجاز ان يسمي الثمن والمثمن عوضا بلا تغليب قوله والبيع بالميتة والدم باطل قال الشارح هذا
محتاج الي التاويل فان بيع المنخنقة والموقوذة جايز عند الكفرة ذكره في العيس اهل الكفر اذا باعوا
الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم وسواء خنقوا الشاة او يضربوها حتى
تموت يجوز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا الا يرى ان المجوسي اذا ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان
ميتة عندنا هذا لفظه قلت قال ابو الحسن في الجامع الصغير ذبيحة المجوسي وكل شيء منهم
زكوة كالتخنيق والوقذ فانه يجوز البيع بينهم عند ابي يوسف رحه فلو استهلكها مسلم ضمن القيمة والميتة
كالميتة حتف انفها وقال محمد رحه هي والميتة سواء وهكذا ذكر في التجنيس من غير خلاف محمد رحه فعلي
هذا يمكن ان يحمل عموم قوله البيع بالميتة والدم باطل علي مذهب محمد رحه كما حمل قوله في كتاب الطهارة
والمعاني الموجبة للغسل انزال المني علي وجه الدفق والشهوة علي قول ابي يوسف رحه لانهما لم يجعلا الدفق
شرطا قوله لا يعقل ما لا عند احد فان قلت فكيف جاز بيع الحر عند شدة الحاجة علي ما ذكرنا
من المحيط والذخيرة في باب المدبر من كتاب العتاق فعليك به قلت كانه يعتبر ما لا عند الضرورة

والله اعلم قوله فاسد لوجود حقيقة البيع لانه ليس بباطل لوجود حقيقة البيع او منعقد علي وجه
الفساد وقوله لوجود علة الانعقاد قوله فانه مال عند البعض كان من حقه ان يقول مال
عندنا كما صرح به في الاسرار وكذا ذكر في المحيط والايضاح كون الخمر مالا من غير تعرض للبعض
وكذا ذكر في الذخيرة الكتاب بعد هذا بقوله فانه مال عند البعض نفي ماليته عند البعض لا يصح دعواه
بقوله البيع بالخمر والخنزير فاسد فانه لو لم يكن مالا لا يكون الشراء به باطلا لا فاسدا كما لو اشترى بالدم
فقوله مال عند البعض غير مستقيم كذا في الشرح وقد اجيب بان معناه مال متقوم عند البعض فقوله
عند البعض متعلق بقوله متقوم لا بقوله مال قوله يكون امانة عند بعض المشايخ قلت هذا
القول يشكل بما اذا قال رجل ان كنت دخلت هذه الدار امس فعبدي حر وقال الاخر ان كنت لم
تدخل هذه الدار امس فعبدي حر ولم يدر ادخل ام لا لم يعتق واحد منهما ولو تقايض الحالفان عتقا
وضمن كل واحد قيمة ما اشترى لان كل واحد منهما مقر بفساد العقد حيث يقول باذات ملكي حر
الا انهما لم يصدقا فيما يرجع الي ابطال حق العبد وهو الشراء فحكمنا بصحة الشراء ابتداء صيانة لحقهما
عن البطلان حتى يعتقا بلا قبض لكنهما يطالبان بحكم العقد الفاسد لاقرارهما به وحكم العقد
الفاسد لاقرارهما به وحكمه رد القيمة اذا تعذر رد العين وقد تعذر بالعتق كذا ذكر في الكافي
في باب اليمين بالعتق فقد يضمن كل واحد من الحالفين قيمة ما اشترى مع انهما يزعمان ان
العقد باطل لان كل واحد يزعم انه اشترى حرا بعبد وشراء الحر باطل فيكون العقد باطلا باتفاقهما
مع ذلك يضمنان القيمة حيث يضمن كل واحد منهما قيمة ما اشترى فلو كان المبيع في البيع الباطل غير مضمون
وجب ان لا يضمن الحالفان اللهم الا ان يكون في المسئلة روايتان ولكن المسئلة مذكورة من غير خلاف
قوله حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير فان قلت قضيته عقد المعاوضة
المساواة فاذا لم يجب الملك في عين الخمر والخنزير ينبغي ان لا يجب فيما يقابله ايضا لان ملك
احد البدلين دون الاخر يفوت المساواة اجيب بان المساواة انما يجب رعايتها لحق المتعاقدين
فاذا اسقط احدهما حقه لم يجب رعايتها كما لو سلم البايع المبيع قبل اداء الثمن وههنا لما اقدم علي
البيع بالخمر والخنزير مع علمه بانهما لا يملكان فقد رضي بسقوط حقه في المساواة ثم يشكل ما مر من
قوله وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان المشتري لا يملكه الي ان قال ولابي
حنيفة رضي الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان
في ملك واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة يقتضي المساواة هذا كلامه ولا يخفى
انه لو ملك صاحب الخمر العبد الذي اشتراه به ولا يملك الخمر مشتريه لبقي الخمر في ملك صاحبه اذ
لو خرج عن ملكه لا الي احد يكون سايبة ولا عهد لنا في الشرع فيلزم ان يجتمع البدلان اعني الثوب والخمر

في ملك واحد حكما للمعاوضة ولا يعد له في الشرع فكان المبيع سواجتماع البدلين في ملك احد على الصحة
دون الفساد اذ الملك الفاسد واجب الدفع فكان وجوده كعدمه قوله ٨٣ والفرق اي بين بيع الخمر
بالدين وبيعه بالعين قوله ٨٤ للمشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب دون ما الخمر وفيه اعزاز الثوب
دون الخمر وقد يقال لا فرق في حق مشتري الثوب كذلك المشتري الخمر فلا يقصد بالعقد الا تملك الخمر
والثمن وان كان تابعا بالنظر الي العقد من حيث انه لا يتوقف على وجود المبيع فاما بالنسبة الي
العاقل فهو مقصود بالتملك لا سيما في بيع المقايضة فان كل واحد من البدلين فيه مبيع وان دخل الباء
علي احدهما فيقتضي البيع بالخمر اعزازه في حق مشتريه قوله ٨٥ وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا
انه غير متقوم التقبيل بقوله عند اهل الذمة يشير الي انه ليس بمال عند اهل الاسلام وهو مال
عندهم ايضا حتى تجري التوارث بالخنزير بين المسلمين وما ليس بمال لا يملك بسبب من الاسباب
ولهذا ذكر في الايضاح ان الخنزير مال مطلقا من هذا التقبيل حيث قال واذا اشتري بالخمر او الخنزير
فقد ذكرنا الا انهما متقومة في حق اهل الذمة ولانه لو لم يكن مالا عند اهل الاسلام لكان البيع بالخمر
والخنزير باطلا فيما بينهم كالبيع بالميتة المنخنقة والدم وصرفا مدلا باطلا الا ان يمنع كون الخنزير
مالا عند اهل الاسلام وكون الخمر مالا عند الكل نعم تقبيل مالية الخنزير بقوله عند اهل الذمة
ومالية الخمر فيما تقدمه بقوله عند البعض وذلك ان المال ما يميل اليه الطبع ويجري فيه الشح
والضنة ولا كذلك الخنزير في حق المسلم فان طبع المسلم يتنفر عنه فلا يكون مالا في حقه وكذا الخمر
لا يميل اليه طبع الزهاد انما يميل اليه طبع الفسقة والكفرة فكان مالا عند البعض وانما جريان
التوارث وانعقاد البيع فيحتمل المالية في الجملة وفي حق البعض ومن هنا ظهرت النكتة في
تقبيل مالية الخمر بقوله عند البعض دون ان يقول عند اهل الذمة لانه مال عند بعض اهل الاسلام
وتقبيل مالية الخنزير بقوله عند اهل الذمة دون ان يقول عند البعض لانه ليس بمال عند احد من
اهل الاسلام قوله ٨٦ لانه لا يكون ادني حالا من المقبوض على سوم الشراء قلت بل هو ادني
منه اذ هو مقبوض بجهة العقد وجهة الشي ملحقة بحقيقته فاما المقبوض بالشراء الباطل فليس بمقبوض
بالعقد لبطلانه ولا بجهة العقد اذ الباطل لما كان معدوما صار كانه سلم اليه المبيع امانة بلا عقد
وجهة عقد اذ جهة الشي انما يتصور فيما يتصور حقيقته وهنا لا يتصور حقيقة الشراء لعدم ركنه او محله
او فايدته فلا يتصور جهة الشراء ايضا وبقي انعدام العقد وجهته بقي امانة فيهلك مجانا قوله ٨٧ وللفاسد
شبه الملك لي الفاسد المطلق بخلاف الفاسد الذي فيه خيار شرط فانه لا يفيد الملك بعد القبض
وذلك ان الفاسد لا يربو على الصحيح وانه لا يفيد الملك اذا كان مطلقا ليس فيه خيار شرط فكذا الفاسد
قوله ٨٨ وفي تملكه بالعقد اعزاز له اشار هنا الى ان الشراء اعزاز للمشتري فلا يجوز شراء الخمر

علي وجود المبيع م

صح
مقصودا

لانها

لانها مستهانة فلا يجوز اعزازها وذكر في كتاب الكراهية ان بيع اراضي مكة عند ابي حنيفة رضي الله عنه
يقول لانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيه حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها
ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع هذا كلامه فقد اشار الي ان البيع استهانة بالمبيع فلا يجوز بيع
ما هو محترم شرعا وتحقيق ذلك ان البيع اعزاز للمبيع من حيث انه يجعل مقصودا بالتملك بالعقد
واستهانة له من حيث انه ابتذال فلا يجوز بيع ما هو مستهان من كل وجه كالخمر لما فيه من اعزازه من
وجه ولا بيع ما هو مكرم محترم من كل وجه كاراضي مكة لانه استهانة من وجه بل يجب ان يكون المبيع
مكرما من وجه مستهانا من وجه والله اعلم قوله ٩٤ ومعناه باطل فان قلت لو كان بيع سواه
باطلا لكان بيعهم وبيع المحرسواء فيجب ان يفسد البيع في القن اذا ضم اليه سواه كما يفسد بيعه
اذا ضم اليه الحر وليس كذلك قلت المراد من البطلان هو ان لا يملك سواه عند اتصال القبض
بهم كما يملك المبيع عند اتصال القبض في ساير البيوع الفاسدة كذا في الشروح او يقول بطلان
العقد عبارة عن عدم الانعقاد وبيع سواه غير منعقد في حالة الانفراد وفي حالة الانضمام مع القن
ان كان ينعقد لكن الانعقاد ليس في انفسهم بل في حق ما ضم اليه من القن فالعقد في سواه غير
منعقد في انفسهم لعدم ظهور حكم البيع فيهم والشي كما يبطل ببطلان محله يبطل ببطلان
حكمه ايضا كبيع مال نفسه من نفسه فعلى هذا يكون البطلان على الحقيقة ثم اعلم ان العقد
في شي قد يبطل لانعدام المحلية لا يثبت حكم البيع فيما ضم اليه وقد يبطل لعدم الحكم يظهر الانعقاد
في حق ما ضم اليه لان البطلان باعتبار عدم الحكم انما هو باعتبار عدم الغاية وفي الانعقاد في حق
ما ضم اليه فايدة فيجب القول به ثم المراد بقوله باطل البطلان الموقوف دون البات حتى لو قضي
بجواز بيع ام الولد او المدبر او رضي المكاتب بيعه ينقلب جايزا قوله ١٣٤ يدخلان في البيع حتى لا يملك
ما يخص البعض من القن ملكا صحيحا ولو لم يدخلا فيه لكان الملك في القن فاسدا يجب نقضه حيث يكون
بيع القن المضموم اليهما حينئذ بيعا بشرط قبول العقد في غير المبيع ان فضل الثمن او بالحصة
ابتداء ان لم يفصل قوله ١٣٥ وقالا عليه قيمتها وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله فان قلت
ام الولد غير متقومة عنده فكيف يجب قيمتها على هذه الرواية قلت انها وان لم يكن متقومة لكنها
محترمة وهذا القدر يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفي احد الاولياء يجب
المال للباقين كذا في الشامات وفيه نظر لان احترامها لو كان يوجب ضمان البيع لا وجب
ضمان الغصب ايضا وليس كذلك اللهم الا ان يلتزم ويقول انها كما يضمن بالبيع على هذه الرواية
يضمن بالغصب ايضا وذكر الشارح المحقق ان الروايتين عن ابي حنيفة في حق المدبر اما في حق
ام الولد فقد اتفقت الروايات عنه انها لا يضمن بالبيع والغصب فعلى هذا لا اشكال اصلا وذكر

قوله ١٣٤ لما انهما يحب في الدرهم ولو كان مقصودا لكان شرطا لم يحكم بنفسه ووجوده واما المسلم فيه فقد ابتم الاجل الاي تعذره على اكتسابه فكان موجودا معنا حكما م

قوله ١٣٥ ٢/١٥ وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت هذا ما في المدبر ما ذكره في اصحاب العد بعضهم زفر قوله في المدبر ينعقد السبب بعد الموت راساع التبع وفي التحقيق مقصود هذا النظم وقد ذكرناه هنالك فليطلب بم م

في الشامات في كتاب المكاتب ان في تقوم ام الولد روايتين عن ابي حنيفة سه وكان الاصرفي تصحيح قوله وهو رواية عنه اصول ولكن ماذكر الشارح من انه اتفقت الروايات عنه في حق ام الولد انها لا تضمن بالبيع والغصب يدل علي انها غير متقومة عنه باتفاق الروايات اذ لو كانت متقومة في رواية لكانت مضمونة بالبيع والغصب في تلك الرواية اذ الضمان يدور مع التقوم وجودا وعدما فلا يكون الروايات متفقة في انها لا تضمن بالبيع والغصب **قوله** بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وقد يشكل هذا بما اذا اشتري جارية وكاتبها ثم قبضها فحاضت عنده بحيضة ثم عجزت عن اداء بدل الكتابة فانه يجزي بالحيضة التي حاضت حال الكتابة ولا يجب عليه الاستبراء بحيضة اخري ووجه الاشكال ان الحيضة التي هي بعد الشراء قبل القبض لا تجزي عن الاستبراء فلو كانت المكاتبة لا يتحقق فيها القبض لما سقط الاستبراء بالحيضة التي حاضت قبل العجز عن اداء بدل الكتابة لانها حيضة قبل القبض فلا يسقط به الاستبراء **قوله** ولم يسكه عليها المدخل لعدم الاحراز بمجرد الاجتماع في ملكه الا يري انه لو باض الطير فيها او فرخت لم يملك لعدم الاحراز فيها اولي فان قيل لو عسل النحل في ارض فالعسل ملك بمجرد الاتصال بملكه من غيران يحرزه او يهيا له موضعا قبل العسل بصير قايما بارضه علي وجه القرار فصيرته تابعا للارض كالزرع ينبت فيها بخلاف بيض الطاير وفرخها والسماك المجتمعة في الارض بانفسها فانها ليست فيها علي وجه القرار كذا في الشرح لا يقال لو كان الاتصال بالارض المملوكة علي وجه القرار احرازا لكان ينبغي ان يصير الكلا النابت في الارض المملوكة مملوكا لصاحبه لانها يملك بالاحراز لانها انما لا تملك بالنص وهو قوله عليه السلام الناس شركا في ثلث الماء والكلاء والنار والمراد الكلا النابت في الارض المملوكة اذ لو اريد النابت في غير مملوكة لاحد لم يستقم الحصر علي الثلث لان هذا الكلا مباح وكل مباح يشترك فيه الناس نعم قد ينافيه في دعوي اتصال العسل والزرع بالارض علي وجه القرار لما سبق ان الزرع كالمتاع الموضوع في الدار حتي لا يدخل في البيع من غير ذكره والعسل ادني حالا من الزرع وجرا بين تقلم **قوله** ولا بيع الطير في الهواء وذكر الامام التمرتاشي ولو باع طايرا يذهب ويجي كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وذكر في فتاوي قاضيخان وان باع طايرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الي بيته ويقدر علي اخذه من غير تكلف جاز والا فلا **قوله** ولو ارسله من يده يغير مقدور التسليم يشير الي ان الصيد بعد ارساله وطارته في الهواء لا يخرج عن ملكه **فان قلت** وجب ان يخرج لانتفاء الاحراز هو السبب لملك الصيد كما يخرج المال من ملك المسلم بعد انتفاء احرازه باستيلاء الكافر علي ما مرفي الكتاب **اجيب** بان الاحراز بالدار يكفي لبقاء الملك حتي ان الكافر لا يملك مال المسلم مادام في دار

الاسلام فكذا اصيد مادام في دار الاسلام فهو محرز المالك حكما حتي لو دخل دار الحرب فالظاهر انه لا يبقي في ملك مالكه **قوله** لانه من اوصاف الحيوان فصار كاطرافه **قلت** اذا باع الصوف علي ظهر الغنم فلا يخلوا ان يدخل اصوله في البيع اولا فان دخل فيه البيع لانه لا يمكن قلعه كما لا يمكن قطع طرف من اطرافه وان لم يدخل اختلط المبيع بغيره لانه ينبت من اسفل فهذان التعليلان بناء علي هذا الترديد وبه يسقط ما يقال علي الاول انه انما لا يجوز بيع ساير اجزاء الحيوان لكونه غير مقدور التسليم وهذا الجزء مقدور التسليم لامكان تسليمه من غير ضرر بالبايع بان يجز فيسلم **قوله** ولانه ينبت الخ **فان قلت** يمكن الاحتراز عن هذا الاختلاط بان خضب الصوف بالحنا او غيره ثم يجز فيكون المخضوب للمشتري وغيره للبايع **قلت** لا يجوز للدليل الاول لانه من اوصاف الحيوان فانه يدل علي علم جواز البيع مطلقا عند الخضاب وغيره **وفيه نظر** لان التعليل الاول علي تقدير ان يدخل اصول الصوف في البيع والثاني علي تقدير ان لا يدخل اصوله في البيع فلا يمكن احالة عدم الجواز عند الخضاب علي التعليل الاول بل يعرف بالنقل بل الظاهر انه بالحديث وهو انه عليه السلام نهي عن بيع الصوف علي ظهر الغنم **قوله** ولانه ينبت من اسفل الخ يشكل ببيع الكراث قالوا يجوز وان كان ينمو من اسفل فالفرق الصحيح ان القياس في القوايم ان لا يجوز لانه اختلاط المبيع بغيره لان النماء الحاصل في الاعلي يكون من اصل الاسفل الا انا تركنا القياس للتعامل كما في الاستصناع كذا ذكر في الخزانة **قلت** قوله في القصيل لانه يمكن قلعه يخلع هذا الاشكال **قوله** والقطع في الصوف متعين اي موضع القطع في الصوف متعين فعلي هذا يفرق بين القوايم والصوف وفي بعض النسخ غير متعين فعلي هذا يكون للفرق بين القصيل والصوف كذا في الحاشية وكانه سهو من الكاتب اذ لو كان المعني موضع القطع في الصوف متعين لم يستقم قوله فيقع التنازع في موضع القطع لان تعين موضع القطع يقلع التنازع فيه ضرورة انه انما يقع لجهالة موضع القطع ولا جهالة مع التعيين ولانه لو كان المعني هكذا لم يصح هذا للفرق بين القوايم والصوف اذ تعين موضع القطع يقتضي ان يجوز بيع الصوف كما يجوز بيع القوايم ثم علي ان يكون النسخة غير متعين انما يصلح للفرق بين القصيل والصوف اذا كان موضع القطع في القصيل متعينا لكون المعني وموضع القطع في الصوف غير متعين فيقع التنازع فلا يجوز بيعه وفي القصيل موضع القطع متعين فلا يقع التنازع فيه فيجوز ولا يخفي ان موضع القطع في القصيل كموضع القطع في الصوف انما يفترقان في القطع والقلع فالصواب ان يقال لو كانت النسخة والقطع في الصوف متعين فالمقصود منه الفرق بين مسئلة الصوف ومسئلة القصيل اي القطع في الصوف متعين ولا يجوز فيه القلع فيقع التنازع في موضع القطع لان موضعه غير متعين وان كانت النسخة والقطع في الصوف غير متعين فالمعني

وموضع القطع في الصوف غير متعين فكان للفرق بين مسئلة القوايم ومسئلة الصوف من حيث ان
موضع القطع في القوايم متعين فيجوز بيعه وفي الصوف غير متعين فلا يجوز **قوله** حيث يجوز بيعه
فيما يروي عنه وما ذكرانه يختلط المبيع بغيره فجوابه ان التسليم في البيع بتعجيل والزيادة في مثله
الملة نادر **قوله** لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فكان عاجزا حكما والعجز عن التسليم مفسد للبيع ان
نقول اذا لم يمكنه التسليم الا بضرر يلحقه يتراخي في التسليم وبما طلبه فيه عادة اذ المرء لا يتجاسر على
الحاق الضرر بنفسه والمشتري يطالبه فيفضي الى المنازعة فيفسد اما اذا قلع فقد زال المانع
فيعود الى الجواز ثم يشكل بما اذا باع ارضا فيها زرع لم يتحصد فانه يجوز مع انه لا يمكنه تسليمه الا
بضرر يلحقه حيث لو لم يقلع الزرع وهو يتضرر بالقلع وجوابه انه يمكن دفع الضرر في بيع
الارض وفيها زرع بان يستاذن من المشتري ان يترك الزرع في الارض الى ان يتحصد ولا يطالبه
المشتري بتسليمه الى وقت الحصاد فلم يكن ضررا لازما فلا يعد ذلك عجزا عن التسليم بخلاف بيع
الجذع في السقف فان الضرر فيه لازم حيث لا يمكن تسليمه بحال الا بضرر نقض البناء وليس كذلك
ههنا لانه يمكنه التسليم بلا ضرر في الجملة فافترقا **قوله** مثل كيله خرصا تمييز من مثل كيله
اي مثل كيل الثمر الذي على رؤس النخيل من حيث الحزر والظن لا من حيث الكيل الحقيقي او
الوزن الحقيقي **قوله** العرية في اللغة العطية وذكر في شرح الطحاوي العرية في اللغة اسم للنخلة
التي يعريها الرجل من جملة نخيله اي يستثنيها ويفردها **وقيل** هي من قولهم اعريته النخلة
اي اطعمته ثمرتها يعروها متى شاء اي ياتيها فيأكل رطبها فعيلة بمعنى مفعولة **قوله**
وتاويله ان يبيع المعري له الخ **قلت** هذا التاويل يرده حديث زيد بن ثابت وهو انه سمى رجالا
محتاجين من الانصار شكوا الى رسول عليه السلام ان الرطب ياتي ولا نقد بايديهم يبتاعون
به رطبا ياكلون مع الناس وعندهم فضول قوتهم من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرايا
بخرصها من التمر وكذا يرده حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق ولو كان تاويله ما ذكر لم يكن للتخصيص بما دون
خمسة اوسق وجه وايضا استثنيت العرية من المزابنة في الاحاديث الصحيحة وانه يدل على انها
نوع من المزابنة وكذا لفظ رخص يدل عليه **قوله** ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها قال الامام
التمرتاشي ولم يذكر ان الاجارة وقعت فاسدة ام باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى تملك
الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها وانه يشكل بما ان اذا اشتري الثمار على النخيل مطلقا
وتركها على النخل الى وقت الادراك طاب الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة
فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشتري الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب

الفضل لان الاجارة فاسدة واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب للجهالة فاورثت خبثا هذا لفظه
فقد حكم ببطلان استيجار النخل لمعنى عليه الثمار الى ان يدرك وعلله بعدم التعارف والحاجة ولا يخفى ان اجارة
الكلاء ايضا ليست بمتعارفة ولا مست الحاجة اليها لانها توجد مباحا ولا حاجة الى استيجارها فيجب ان
يكون اجارتها ايضا باطلة لا فاسدة كما ذكره التمرتاشي **قوله** والانتفاع بما يخرج منه لا يحتمله مشكل فان
بيع سباع الطيور التي يصاد بها كالبازي والشاهين جائز مع انها لا ينتفع بعينها بل بما يصيد والنحل الذي
يا دب من طيور الصيد وكذا جاز بيع الكلب لانه ينتفع حراسة واصطيادا ولا يخفى ان الانتفاع
به اصطيادا لا لا يدون من الانتفاع بالنحل في استخراج العسل منه ثم ينتفع بعين الكلب في الحراسة لانها
يقام بذاته ولكن الفهد والاسد لا ينتفع به الا في الاصطياد وفايدة استخراج العسل من النحل لا يكون
اقل من فايدة الاصطياد من هذه المؤديات **قوله** ولنا انه جزء الادمي وهو بجميع اجزايه مكرم مصون
فلا يجوز بيعه تكريما ولا نوع منافرة مع قوله ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة
له فقد جعل عدم جواز البيع اهانة وفيما نحن فيه جعل عدم جوازه تكرمة وقد جعل ابو الا جواز البيع
دليل تكريم اللبن الذي هو جزء الادمي وانه يتحريان في جواز بيعه اهانة به وانه بنا على ظاهر وحله ان
البيع تكريم من وجه اهانة من وجه فلا يجوز بيع ما هو مكرم من كل وجه كالادمي مع جميع اجزايه ولا
بيع ما هو مهان من كل وجه كما حققناه من قبل **قوله** لان اطلاق الانتفاع بدليل على الطهارة مشكل
اذا السرقين مطلق الانتفاع به حيث يجوز ان يلقى في الاراضي لكثرة الريع ويجعل وقودا الا ان يقال
جواز الانتفاع انما يكون دليل الطهارة اذا كان مع ابقاء عينه كشعر الخنزير حيث ينتفع به مع بقاء
عينه اما السرقين فينتفع به باستهلاكه والافتراق بالنجاسة للاستهلاك جائز فلا يكون ذلك دليل الطهارة
قوله فلا يجوز ان يكون شيء من اجزايه مهانا ولو من وجه والبيع اهانة بالمبيع كما عرف **قوله**
وزوايا جمع زوابة وكان الاصل ذوايب لان الالف التي في ذوابة كالالف التي في رسالة حقها ان
تبدل منها همزة في الجمع ولكنهم استثقلوا ان يقع الف الجمع بين الهمزتين فابدلوا من الاولى واوا كما في
الصحاح [illegible] **قوله** لانه غير منتفع به اي غير
جايز الانتفاع والانعدام كونه منتفعا به في الحال لا ينافي جواز البيع بل يكفيه الانتفاع المالي كما الجحش
والثمر الذي لم يبد صلاحه على ما مرت انه جايز الانتفاع في المال والاصاب مما ينتفع به في المال لا في الحال
او يقال انه وان كان ينتفع به لكن يعد يعتبر وهو الذي هو تمييز ويعتبر الذات ونحو مثل هذا الانتفاع
لا يكفي لجواز البيع **قوله** هو يباع عظمه وينتفع به اي بعظمه او بذاته وفي الذخيرة ان بيع الفيل جايز
لانه ينتفع به حقيقة وشرعا كساير الحيوانات **قوله** لانه حظ من الماء والماء عين ينتفع به فكان مالا
فان قلت انه وان كان عين مال لكنه ليس بمملوك قبل الاحراز بالاواني وكما يشترط المالية لجواز

البيع بشرط الملك ايضا الملك حق لا يجوز بيع الطير في الهواء قبل الاخذ لعدم الملك على ما مر **اجيب** بالتزام
انه مملوك حقيقة لا يجوز لغيره ان يبني في ارضه بلا اذن صاحبه ولو سقطت هلكت ضمن وانما لا يكون له منع
الغير عن الشفة لحاجة الناس فجعل كالمشترك في حق الشفة للضرورة فيبقى فيما وراءه على الملك الخاص
لا يقال انه ليس بمحرز فكيف يكون مملوكا لان حفر النهر واعداده لامساك الماء احراز لكن لم يعتبر هذا
الاحراز في حق الشفة لشدة حاجة الناس الى الشرب وسقي الدواب **قوله** ان حق المرور معلوم
فان قلت نعم هو معلوم ولكنه ليس بمال اذ المال لا يكون الا عينا **اجيب** بانه وان لم يكن عينا فهو
متعلق بمحل هو عين مال فاعتبر عينا حكما ثم يشكل بحق الشفعة فانه وان كان متعلقا بعين باقية وهو
الارض ولكنه لم يعتبر ما هو حق لا يجوز بيعه ولا الصلح عليه بمال وجوابه ما سيأتي في الصلح من قوله وهذا
بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك هذا
لفظه فاما حق المرور فحق يتعلق بالارض فجاز ان يلحق به **قوله** لانه وقع باطلا لانعدام المحلية
كبيع الطير في الهواء ويشكل الفرق بين مرد الابق بعد البيع وقلع الجذع في السقف حيث ينقلب بيع
الجذع صحيحا بعد ما رفع فاسدا ولا ينقلب بيع الابق صحيحا بعد عوده الى الاباق مع ان المانع تدارك
في كل منهما الا ان يحمل هذا الجواب رواية في بيع الجذع والله اعلم **قوله** والفرق يبتني على
الاصل الذي ذكرناه في كتاب النكاح لمحمد رح الى ذلك الاصل هو متفق عليه في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل
المتفق عليه في وجه قول محمد رح في مسئلة ما اذا تزوجها على دن من الخل فاذا هو خمر فلا تفاوتهم
على ذلك الاصل لم يقع الاختلاف هناك في من باع جارية فاذا هو غلام كذا في الشرح وذكر الشارح
في كتاب النكاح ما يدل على ان هذا الاصل ليس بمتفق عليه حيث قال ثم الاصل عندهم مراعاة المعتبر
من الاشارة عند ابي حنيفة رض في الفصول كلها حتى اذا لم يكن المشار اليه مالا كان لها مهر المثل
وعند محمد رحمه الله في الجنس الواحد يعتبر الاشارة وفي الجنسين يعتبر التسمية وعند ابي يوسف رح
يعتبر التسمية في الفصول كلها هذا لفظه ثم لو كان هذا الاصل متفقا عليه فوجه الاختلاف في مسئلة ما اذا
تزوجها على هذا الخل فاذا هو خمر وعلى هذا العبد فاذا هو حر حيث يجب عند ابي حنيفة رح مهر المثل
في الوجهين وعند ابي يوسف رح يجب مثل وزنها خلا في الوجه الاول والقيمة في الثاني ومحمد رح مع
ابي يوسف رح في الاول ومع ابي حنيفة رح في الثاني انهم اختلفوا في ان الخل مع الخمر والعبد مع الحر
جنسان ام جنس واحد فوقع عند ابي حنيفة رض جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار اليه وهو لا يصلح
مهرا فيجب مهر المثل ووقع عند ابي يوسف رح انهما جنسان فيتعلق العقد بالمسمى وقد عجز عن التسليم
فيجب مثله او قيمته ووقع عند محمد رح ان الخل والخمر جنسان والعبد والحر جنس واحد فيتعلق العقد
في الاول بالمسمى فيجب المثل وفي الثاني بالمشار اليه فيجب مهر المثل **قوله** وهو ان الاشارة مع التسمية

اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار
اليه وينعقد لوجوده فانما كانت العبرة للتسمية في مختلفي الجنس لان التسمية ابلغ في التعريف
من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام الماهية والذات امر زائد على اصل
الذات فتعلقنا الحكم بالمسمى واما اذا كان المشار اليه من جنس المسمى كانت العبرة للاشارة لان
المسمى موجود في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه فبقيت الاشارة لتمييز الذات فلذلك
تعلق الحكم بالمشار اليه كذا في الشرح **وفيه بحث** اما اولا فلان فلمعارض ان يقول بل الاشارة ابلغ
في التعريف لان المسمى قد يشاركه في التسمية غيره والمشار اليه لا يشركه في الاشارة غيره **وجوابه** ان
الاشارة ابلغ من هذا الوجه والتسمية ابلغ من الوجه الذي ذكرنا فاعتبرنا التسمية اذا كانت مقصودة
بالذات ولم يكن المقصود بها المدح او الذم والاشارة اذا كان المقصود بالتسمية المدح او الذم على
ما سنذكره وهذا بالوجهين بالقدر الممكن واما ثانيا فلان الموكل لو وزن الف درهم بين يدي الوكيل
والوكيل ينظر اليها فقال اشتر لي بهذه المائة الدينار جارية فاشترى جارية بمائة دينار كما يجب كان
مشتريا لنفسه ولو اشترى بتلك الدراهم جاز على الآمر وكذا اذا قال اشتر لي بهذا الالف الفلس جارية
فاشترى بالفلس كما يجب كان مشتريا لنفسه ولو اشترى بتلك الدراهم جاز على الآمر وتعلقت الوكالة
بالمشار اليه دون المسمى مع انهما مختلفان جنسا وكذا لو دفع اليه كيسا وامره ان يشتري له جارية بهذه
الالف الدراهم التي في هذا الكيس وهلك الكيس بما فيه في يدي الوكيل ونقادنا ان الدراهم ستوقة
او رصاص ثم اشترى الوكيل جارية للآمر بالف درهم وسماها لما ان بما في الكيس وقت الدفع وكل واحد عالم
يعلم صاحبه ايضا يصير مشتريا لنفسه وتعلقت الوكالة بالمشار اليه مع ان المسمى من خلاف الجنس
المشار اليه وكذا لو قال لغيره بعت منك هذا الحمار واشار الى عبد قائم سهما يقال للغير اشتريت
انه يجوز العقد نص عليه في الذخيرة فتعلق العقد بالمشار اليه مع ان العبد مع الحمار جنسان مختلفان
وكذا لو قال بعت منك هذا الفرس العرس ويشير الى الحمار الا ان يقال انما يعتبر التسمية في مختلفي
الجنس وتعلق الحكم بالمسمى دون المشار اليه اذا كانت التسمية مقصودة بالذات اما اذا كانت
المقصود بها المدح والتزويج او الذم والتحقير فالمعتبر هو الاشارة والحكم متعلق بالمشار اليه دون
المسمى لان الاشارة حينئذ مقصودة بالذات والتسمية مذكورة للغير والمقصود بالذات احق بالاعتبار
وفيما ذكرت من المسائل التسمية اما للمدح او للذم فيعتبر الاشارة غير ان تعين التسمية للمدح
او للذم في مسائل الوكيل انما يمكن اذا كان كل منهما عالما بالمشار اليه ويعلم صاحبه به ايضا اما اذا
كانا جاهلين او احدهما جاهلا والاخر عالما او كانا عالمين ولكن لا يعلم كل يعلم صاحبه فلا يمكن تعيينها
للمدح او الذم فيعتبر المسمى دون المشار اليه كما هو الاصل حتى لو قال اشتر لي جارية بما في هذا الكيس

من الدراهم وهي الالف او اشتر بهذه الالف التي في هذا الكيس جارية ودفع الكيس الي الوكيل وفيه
الف دينار او الف فلس فاشتري جارية بالف درهم كما هي بعد فالشراء جاير علي الامر ان كانا جاهلين
بحال المشار اليه او كان احدهما جاهلا او كانا عالمين غيران كلا منهما لا يعلم بعلم صاحبه اما اذا كانا
عالمين ويعلم صاحبه به فاشتري بالمسمي كان الشراء للوكيل وتعلق الوكالة بالمشار اليه لما
ذكرنا ثم يشكل بما اذا كان في الكيس شعاية والملح بحالها فان المسمي هنا من جنس المشار اليه مع انه
يتعلق الوكالة بالمسمي في الصور الثلثة الاول دون المشار اليه حتي لو اشتري جارية بالف كما سمي كان
للامر وجوابه ان القياس يقتضي كذلك غيرانه يتعلق الوكالة بالمسمي دفعا للضرر عن الوكيل لان
الوكيل يشتري بالمسمي بنا علي ظاهر الوكالة ولو تعلقت الوكالة بالمشار اليه ينفذ الشراء علي الوكيل
فيتقرر الثمن عليه من غير رضاه وفيه من الضرر ما لا يخفي فلهذه الضرورة تعلقت الحكم بالمسمي في
متحدي الجنس ومواضع الضرورة مستثناة عن القواعد فلا يكون من باب نقض القاعدة ثم
يشكل ايضا بان تسمية الغلام جارية يحتمل ان يكون للتحقير كانه يشير بها الي انه انثي تحقيرا له
كما يسمي العبد حمارا فيما اذا قال بعت منك هذا الحمار مشيرا الي العبد وجوابه ان التحقير انما
يتاتي اذا قال بعت هذه الانثي مشيرا الي الغلام اما اطلاق لفظ الجارية فلا يشعر بالتحقير علي ما
لا يخفي قوله ويبطل لانعدامه اشارة الي ان هذا البيع باطل وبه قال البعض وقيل فاسد
وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمي واشار الي غيره فصار كانه باع شيئا علي ان يسلم غيره وذلك
فاسد قوله الذكر والانثي جنسان لكن نوعان داخلان تحت جنس وهو الانسان وذلك ان
الجنس عند الفقهاء ما يكون احاده مختلف الاغراض والنوع ما يكون احاده متفق الاغراض فهم يعتبرون
الاختلاف والاتفاق في الغرض حتي سمي الانسان جنسا والرجل نوعا كما نص عليه في البزدوي وفي
الاصطلاح اهل المنطق الاعتبار للاتفاق والاختلاف في الماهية فما كان افراده متفق الماهية فهو
نوع وما كان افراده مختلف الماهية فهو جنس فالحيوان عندهم جنس والانسان نوع والرجل صنف
قوله وهو لطلب التفاوت والتفاوت في الغرض هو المعتبر في اختلاف النوع والجنس [redacted]
[redacted] التفاوت والاتحاد في الماهية كما هو مصطلح المنطقيين قوله ولنا قول عايشة رضي الله
عنها روي ان امراة دخلت علي عايشة رض وقالت اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان ماية الي العطاء
وقبضتها وبعتها منه قبل نقد الثمن بستماية فقالت عايشة الخ كذا في الحاشية وفي الشرح امراة
دخلت علي عايشة فقالت بعت من زيد بن ارقم جارية بثمان ماية الي العطاء ثم اشتريتها منه بستماية
قبل محل الاجل فقالت عايشة بيسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده
مع رسول الله صلي الله عليه وسلم ان لم يتب فاتاها زيد معتذرا فتلت قوله تعالي فمن جاءه موعظة

صح من جوادم احاده

صح المعتبر فيه دون الاصل

صح دون

من ربه فانتهي فله ما سلف وهذا دليل علي ان فساد هذا العقد كان معروفا فيما بينهم وانها سمعت
ذلك من رسول الله صلي الله عليه وسلم لان اجزية الجرائم لا تعرف بالراي وقد جعلت جزاءه علي مباشرة هذا
العقد بطلان الحج والجهاد واعتذار زيد دليل علي ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا
وما كان يعتذر كذا في الشرح وفيه بحث اما اولا فلان قولها ابطل حجه وجهاده الخ محمول علي
تغليظ الجناية اذ السيئة لا تذهب بالحسنة فلا يدل علي السماع كيف وقد روي انها لما اخبرت عاصحت
تلك المراة قلت اية الربوا وذلك دليل علي انها قالته بالراي واما ثانيا فلان شراء البايع من مشتريه
قد جعل في الحكم كشراء عبد اخر الا يري ان المولي اذا اذن عبده في التجارة فركبته الديون فبيع
ولم يف الثمن بديونهم ثم اشتراه المولي فانه لا يباع في الدين ثانيا وعلله بانه في الحكم بمنزلة شراء
عبد اخر لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين وكذا اذا اذن المولي عبده ثم باعه ولا دين
عليه فانه يحجر ولا يصح اقراره فيما في يده من الكسب وعلله بان العبد قد تبدل بتبدل الملك فلا يبقي
له ما ثبت بحكم الملك فينبغي ان يصح شراء ما باع باقل مما باع لانه في الحكم كشراء عبد اخر وانه جائز فكذا
هذا الا يري انه لو اشتري ذلك العبد من المشتري الثاني باقل مما باع جاز لهذا المعني فان قلت
انما لا يجوز لما فيه من شبهة الربوا قلنا لو لم يكن لتبدل الملك حكم تبدل العين لكان فيه شبهة الربوا
ولكن لما ثبت ذلك نزلت الشبهة الي شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قوله بخلاف ما اذا باع بالعرض
لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قلت ذكر في حيل الذخيرة اذا باع شيئا بالدراهم ثم اشتراه بالدنانير
قبل نقد الثمن او علي العكس والثاني اقل قيمة من الاول كان البيع فاسدا وعلي ما ذكرها هنا من
ان فساد البيع باعتبار ظهور فضل خالي من العوض في احد الجانبين وانه لا يظهر ذلك الا عند المجانسة
وجب ان يصح الشراء الثاني في هذه المسئلة لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الثمنين درهما ودينارا حتي
لا يجري ربوا الفضل بينهما واعتبرا في حق الربوا جنسين مختلفين قوله ويبطل في الاخري اي
بفسد فان قيل ينبغي ان لا يفسد في التي اشتراها المشتري بخمسماية لو باعها واخذي مهمات البايع
بالف وهما يتلان عند تقسيم الثمن يصيب كل واحد اكثر من خمسماية قلنا انما فسد لان
جهات جواز العقد فيها تكثر لانا لو جعلنا بانه لا باعها الف اجاز ولو جعلنا الفا وحبة جاز ايضا ثم وثم واذا
تعددت الجوان وليس البعض اولي امتنع الجواز كذا في الشرح وفيه بحث اما اولا فلانه كما تعارضت
جهات الجواز تعارضت جهات الفساد ايضا لانا لو جعلنا بمقابلة المشتراة اربعماية فسد ثم وثم فينبغي ان لا
يحكم بالفساد ايضا للتعارض واما ثانيا فلانه لو باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع صرفا
للجنس الي خلاف الجنس مع ان صرف الجنس الي خلافه ليس بطريق متعين لجوازه لانه امكن ان
يقابل درهم من هذا الطرف بدرهم من ذلك الطرف ودرهم اخر من هذا الطرف بدينار من ذلك الطرف

بكون الدرهم بمقابلة الدرهم والدرهم الاخري بمقابلة الدينار والدينار بمقابلة دينار اخر فتدل حمل
علي الجايز يجع تعدد جهته وجواب صاحب الكتيب بانك في الصرف انشاء الله تعالي **قوله** اولانه
ضعيف لكونه مجتهدا فيه هذا يشكل بما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت وبين حصة كل واحد منهما ورفع
راس المال فان السلم في الزيت لا يجوز وان كان الفساد في هذا العقد مجتهدا فيه فان اسلام الحنطة
في الشعير جايز عند الشافعي رح كذا في الشامات **وفيه نظر** لانه ان اراد باسلام الحنطة في
الشعير والزيت اسلامها فيهما موجلا لم يصح قوله فان اسلام الحنطة في الشعير جايز عند الشافعي رح
لانه لا يجوز بيع الطعام بالطعام نسية لانه يشترط التقابض في بيع الطعام وان اراد اسلامها فيهما
حالا كان العقد عنده فاسدا عندنا في الشعير والزيت جميعا باعتبار الحلول لا بطريق سراية الفساد
وكان جايزا عنده فيهما جميعا فلم يكن نظيرا لما نحن فيه فلم يصح النقض به نعم استصعب الشارح المحقق هذا
التعليل بما اذا اسلم قوهية في قوهية ومروية بطل السلم في الكل مع ان فساد العقد بسبب الجنس
مجتهد فيه مع ذلك يتعدي فساده الي الكل وجوابه ان مجرد الاختلاف لا يوجب كون الحكم
مجتهدا فيه بل المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا للكتاب والسنة المشهورة والاجماع وقول الشافعي رح
في جواز النسية خرق للاجماع الصحابة فانهم اتفقوا علي حرمة النسا كذا ذكر الشارح في باب الربوا
نقلا عن الايضاح فلا يصير الحكم بمخالفته مجتهدا فيه فلا يتعدي الفساد الي الكل وبهذا ايضا يسقط
ما قيل انه لو جمع بين الذبيحة ومتروك التسمية عامدا فسد البيع في الكل مع ان الفساد في متروك
التسمية عامدا مجتهد فيه وذلك ان القول بحل متروك التسمية عامدا مخالف للكتاب وهو قوله تعالي ولا تاكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه ومخالف للاجماع فان من كان قبله اجمعوا علي الحرمة اذا ترك التسمية عامدا
ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد حتي لو قضي القاضي
بجوازه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع **قوله** او لانه باعتبار شبهة الربوا وذلك لان
الالف وان وجب للبايع لكنها علي شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري عيبا فيرد فيسقط الثمن
من المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من
هذا الوجه والشبهة بالحقيقة ملحقة في باب الربوا احتياطا ولما ان للتاكيد شبها بالايجاب كشهود
الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا كذا في الشرح **وفيه نظر** لان هذا الوجه يقتضي ان
لا يجوز شراء ما باع باقل مما باعه بعد نقد الثمن ايضا اذ الثمن بعد النقد ايضا علي شرف السقوط
برد المبيع بالعيب وبالعيب الثاني يقع الامن منه وليس كذلك ولان الشارح صرح في الفوايد والمراد
نقلا عن فوايد الامام حميد الدين ان للتاكيد شبهة الايجاب في حق العباد لا في حق الشرع ويجي
بيانه انشاء الله تعالي فالاولي ان يقال شبهة الربوا هنا من حيث انه يعود اليه كل راس ماله مع

ربوا

زيادة ليس بها عوض وضمان ثم هنا بحث وذلك ان فساد شراء ما باع باقل مما باع لو كان باعتبار
شبهة الربوا لصح شراء من لا يقبل شهادته للبايع باقل مما باع كالولد والوالد والزوجة والعبد
والمكاتب لما ان الشبهة في حقهم نازلة والمعتبر هو الشبهة دون النازلة عنها وكما لا يجوز شراء البايع
باقل مما باع لا يجوز شراء من لا يقبل شهادته له باقل مما باع ايضا وانما قلنا ان الشبهة في حقهم
نازلة لان الاصل في حرمة هذا البيع هو البايع والحرمة في حق هولاء باعتبار اتصال منافع الاملاك
فيما بينهم فحق كان في حق البايع شبهة الربوا كان في حقهم شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولكذا لا
يصح شراء البايع بالاقل من وارث المشتري فلو كانت الحرمة لشبهة الربوا لصح لتنزل الشبهة في
حق شرايه من وارث المشتري الي شبهة الشبهة من حيث ان ملك الوارث متجدد من وجه علي ما
عرف ~~...~~ نعلم ان حرمة هذا الشري مضافة الي اثر عايشة رضي الله عنها لا الي ما فيه من شبهة
الربوا وان كانت معلولة بها اذ حكم النص في حق الاصل الي النص لا الي العلة وما حرم بالنص
حرم بشبهته ايضا احتياطا الا ان قال اثر عايشة رضي الله عنها لكونه من الاحاد يحتمل عدم الثبوت فان
كان ثابتا فوجه الضعف كونه مجتهدا فيه او كونه طاريا وان لم يكن ثابتا فوجهه كونه باعتبار شبهة
الربوا اذ لا وجه للحرمة حينئذ الا ذلك فالمطلوب اثبات الضعف علي تقديري ثبوت الاثر وعدمه
لا اضافة الحرمة الي الشبهة حتي يشكل بما ذكر ولا محذور في اثبات الضعف علي تقدير ثبوت الاثر
وكون الحرمة بالشبهة بل فيه اثبات الضعف بوجه ابلغ طريق نعم يشكل بان الوكيل بالشري اذا اشتري
لموكله باقل مما باع موكله جاز مع ان شبهة شراء ما باع باقل مما باع فيه اظهر منه فيما اذا اشتري من
لا يقبل شهادته للبايع اذ الملك بشراء الوكيل يثبت للموكل ابتداء وبشراء من لا يقبل شهادته له لنفسه
لا يثبت للبايع الا شبهة الملك باعتبار اتصال الاملاك والمنافع وغايته ما يمكن ان يقال انه ينعقد بين
الوكيل بالشري وموكله مبادلة حكمية حتي يرد الموكل عليه بالعيب ويتحالفان لو اختلفا في الثمن
كالمتبايعين فصار كتخلل الثالث ولو لم ينعقد بينهما مبادلة حكمية لكان في شراء الوكيل لموكله شبهة
شراء ما باع وحيث انعقد بينهما مبادلة حكمية وصار كتخلل الثالث كانه باع موكله ثم اشتري الوكيل
ثم باع من الموكل تنزلت تلك الشبهة الي شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بخلاف شراء من لا يقبل شهادته
للبايع حيث لم يوجد فيه ما يوجب تنزل تلك الشبهة فبقيت معتبرة وهذا هو الفرق بين الوكيل بالشري
وبين الوكيل بالبيع فانه اذا باع ما اشتراه موكله باقل مما اشتراه قبل نقد الثمن لا يجوز
لان بيع الوكيل كبيع الموكل وليس فيه ما يوجب تنزل الشبهة فبقيت معتبرة والله اعلم **قوله**
اولانه طار لانه ما شرط في العقد ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول بل قابل
الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة لكن بعد ذلك ينقسم علي قيمتهما فيصير البعض بازاء ما

فتعلم

مضاف ٢

وان الثبت

تجما

بالوكالة بالبيع

بالبيع

لم والبعض باز، مالم يبع وفي بعض البيع فيما باع وهذا فساد طارئ ثم هنا اشارة الي ان الفساد لو كان
مقارنا يسري الي الكل وانه يشكل بما اذا اشتري عبدا بصفقة واحدة نصفه بماية دينار حالة ونصفه
بماية دينار الي العطاء صح في النصف ولا يسري الفساد الي الكل مع انه مقارن وجوابه ان المفسد
المقارن هنا غير متقرر حتي لو اسقط الاجل بقي العقد صحيحا وانما يتقرر عند حلول الاجل وكان
المفسد طاريا معنى وان كان مقارنا صورة او نقول البيع الي العطاء مجتهد فيه ولا يسري الي الكل
لمكان الاجتهاد قوله ولهما ان الموكل لا يليه فغيره لا يوليه فان قلت هذا منتقض بما اذا
توكل من غيره بشراء عبد بعينه ثم وكل غيره بشرائه له جاز ويثبت الملك للوكيل الاول وان
كان هو لا يملك الشراء له بنفسه وبان القاضي اذا امر ذميا ببيع خمر وخنزير خلفه ذمي آخر
صح والقاضي لا يملك هذا التصرف بنفسه وبان الذمي لو اوصى الي مسلم وترك خمرا او خنزيرا فان
الوصي يوكل ذميا ببيعه وان كان هو لا يملك بيعه بنفسه اجيب عن الاول بان الوكيل بشراء
عبد بعينه يملك شراءه لنفسه لانه اهل لشرائه والعبد محل للشراء بالنسبة اليه حتي لو اشتراه بالزيادة
علي ما توكل به او بغير جنسه وقع الشراء له وملك التصرف انما ينعدم بانعدام الاهلية او المحلية وكلاهما
موجودان هنا فيكون مالكا غير انه لا ينفذ ذلك التصرف لاجله دفعا للغرور عن الموكل لانه لا
يملك هذا التصرف الا ان دفع التغرير انما يمكن اذا اشتري بنفسه اما اذا اشتري وكيله فلا لان الموكل
نفي شرائه الا بشراء غيره فلا يمكن دفع الغرور فجعل هذا التصرف له فيكون للوكيل الاول ضرورة
ومتي كان مالكا يملك التوكيل به ايضا وليس من ضرورة كونه مالكا للتصرف وقوع التصرف لاجله لجواز
ان لا يقع له لمانع كالحاق الضرر بالموكل هنا وعن الثاني بان الذمي لا يصير نايبا عن القاضي
بل من الذمي الاول لان للقاضي ان يجعله نايبا عنه عند عجزه عن لانابة فهو في الحقيقة وكيل
الذمي الميت دون القاضي ولو سلم فالقاضي انما يملك هذا التوكيل من حيث انه قايم مقام الميت
ومن حيث انه قايم مقامه يثبت له ولاية علي هذا التصرف كما كان ذلك للميت وبهذا يخرج الجواب
من الثالث هذا ولكن لقايل ان يقول علي النكتة الثانية انه لو اعتبر القاضي مالكا لهذا التصرف
من حيث انه قايم مقام الذمي لصح مباشرة هذا التصرف من القاضي بنفسه ايضا اللهم الا ان
يلتزم الصحة فربما لا يصح الشي بجهة الاصالة ويثبت بجهة النيابة كما ذكرنا في باب العيبة
النقص في غير موضع بانعقاد المبادلة بين الوكيل والموكل حتي يجري بينهما احكام المبادلة من قوله وانتقال الملك الي لامر حكمي فان قلت قد وقع
التحالف عند التجاحد والرد بالعيب والحبس بالثمن وكذا يعتبر شراء الوكيل كتحلل الثالث
فيما اذا باع شيا ثم وكل غيره بان يشتري له فاشتراه لاجله باقل مما باع جاز كانه باع ثم باع

مشتريه من كتاب وكيله ثم باع وكيله منه ولو تخلل الثالث جاز الشراء باقل مما باع فكذا هذا فيكون هنا
كانه اشتري الذمي الوكيل خمرا او خنزيرا ثم اشتري من الموكل ولو كان الشري من المسلم حقيقة من
كل وجه لم يصح فكذا اذا كان الشراء منه من وجه لان الشبهة في باب الحرمات كالحقيقة اجيب
بان المبادلة ان كانت ينعقد بينهما لكنها حكمية يثبت في ضمن الشراء لا باختيار من الوكيل والموكل
والممنوع هو التصرف الاختياري فان قلت هذه المبادلة انما ينعقد بينهما باعتبار التوكيل
السابق وكان اختيار التوكيل والتوكل اختيارا لهذه المبادلة فيجب ان يمنع هذا التوكيل
اجيب بان المبادلة لا ينعقد الا بشراء الوكيل لا بالتوكيل نفسه انما هو سبب محض للشراء
واختيار السبب المحض ليس باختيار للحكم قوله لثبوته بدون الشرط فان قلت جاز ان يثبت
الشي بلا شرط ويكون اشتراطه مفسدا كما اشار اليه المصنف رحمه الله في كتاب المزارعة حيث قال ولو شرطا
الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب
البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الي الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه ولو شرطا فيه
ان يكون التبن لصاحب البذر لا يكون مفسدا وجوابه
في انه لو شرط التبن يكون لصاحب البذر بلا شرط ومع ذلك لو شرط له يكون مفسدا
حيا نك انشاء الله تعالي قوله وكل شرط لا يقتضيه العقد الخ قلت هنا شروط اهملها المصنف
رحمه الله ولا بد من ذكرها بان يقال كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يرد الشرع بجوازه ولم
يكن متعاملا حتي لو كان بلايما كشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيلا معلوما لا يفسد
العقد وكذا ورد الشرع بجوازه كشرط الخيار والاجل او كان متعاملا كما اذا اشتري نعلا
علي ان يحذوه او يشركه لا يفسد ايضا فكان اهمالها اكتفاء بما ذكر في مظانها متفرقة قوله لان
فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الي الربوا لانها لما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا
الشرط من العوض وما شرط فيه من المنفعة لاحدهما مال حتي جاز اخذ العوض عليه لان ذلك
مثل ان يقول بعت منك بشرط ان يقرضني عشرة دراهم في وقت كذا وبعت هذه الدار بشرط ان
اسكن فيها شهرا والربوا مال لملك بالبيع بلا عوض قوله اولانه يقع بسببه المنازعة قلت
التردد بين التعليلين بناء علي ان الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
قد يكون في حكم المال حتي يبذل المال بمقابلته نحو ان يشترط لنفسه سكني دار صاحبه شهرا او
اقراض كذا درهما وقد لا يكون كذلك فان كان في حكم المال فاشتراطه ربوا لانه اشتراط مال
لا يقابله عوض والا كان الفساد لاجل اقتضائه الي المنازعة اذ المشروط له يطالبه بحكم الشرط
والمشروط عليه يتابى لفساد الاشتراط وبهذا يسقط ما يقال كيف يكون الشرط الفاسد ربوا والربوا
هو فضل مال لا يقابله عوض والشرط ليس بمال قوله وتفسيره علي بيع العبد تسمية اي

ويقيد عدم التعامل حال ما قد قيل انه لو باع نعلا علي ان يحذوه
له وارعلوه علي ان لا يبيع واعلي ان يكون حالدور جاز مع
انه شرط لا يقتضيه لانه متعامل والله اعلم م

يلحق النافي من جزئيات البيع بشرط العتق بالكلي المتفق علي جوازه وهو البيع نسمة فانه يفسر
بيع النسمة بالبيع بشرط العتق وهذا هو معنى القياس ههنا فلا يرد ما ذكره الشارح بقوله وهذا غير
مستقيم فيما ذكره في المبسوط من تنظير الشافعي بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي وللمز
الشرا بشرط العتق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها ثم قال
وتفسيره البيع بشرط العتق وكان بيع النسمة هو عين البيع بشرط العتق فلا يصح قوله ويقيسه
الي اخره لانه قياس الشي علي نفسه **قوله** وتنظيره البيع نسمة الخ جواب الشافعي بطريق المنع
اي لا نسلم ان البيع نسمة هو البيع بشرط العتق بل يفسره ان يباع ثم تعليم انه يعتق فلا يصح
التمسك بهذا الكلي وهو جواز البيع نسمة **قوله** لان البيع وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا هذا
مذهب زفر واما ابو يوسف ومحمد فكثيرا ما يقولان بانقلاب الفاسد صحيحا كالبيع بالرقم والبيع
الي الاجال المجهولة فانه ينقلب جايزا باعلام الرقم في المجلس وباسقاط الاجل قبل حلوله فلا انه
لو وقع فاسدا في علم الانقلاب الي الصحيح عندهما ومن هذا عدل صاحب الكافي الي تعليل
اخر فقال ولهما ان شرط الاعتاق متي كان مفسدا كان حقيقته تقريبا للفساد لا رافعا كما هو
الشروط فكانه اراد لا ينقلب جايزا الا باسقاط المفسد والاعتاق ليس باسقاط لشرط الاعتاق
بل هو تقرير له والفاسد لشرط لا ينقلب الي الجواز الا باسقاطه فاستحال ان يعود اليه بذلك
او اراد لا ينقلب جايزا عند تقرر المفسد بل بتقرر الفساد اذ الفاسد بشرط لا ينقلب صحيحا
الا باسقاط المفسد والله اعلم **قوله** والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع جعل الرهن هنا
كالبيع في انه يبطل بالشرط الفاسد وقد ذكر في الفصول الاستروشني الرهن مما لا يبطل بالشرط
الفاسد وهكذا ذكر في الكافي في باب الرهن موضع في يد العدل وعلل بانه تبرع كالهبة والله
اعلم **قوله** عبارات المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها من لي ما يتقوم به العقد كما لو
كاتب علي عوض مجهولة او كانت علي خمر او خنزير **فان قلت** هذا الفساد لاجل جهالة البدل او
كونه غير متقوم لا لكونه شرطا فاسدا كيف والشروط الفاسدة انما تبطل العقد باعتبار افضايه الي الربا
كما ذكره في الكافي ولا يخفى ان جعل الخمر او الخنزير المجهولة بدلا في البيع او الكتابة ليس باعتبار
انه يفضي الي اشتراط فضل مال لا يقابله عوض حتي يكون من قبيل الشرط الفاسد علي انه فسر
الشرط الفاسد بكل شرط لا يقتضيه العقد الخ وهذا انما يأتي فيما اذا كان الشرط زايدا علي العقد **اجيب**
بان المال في الكتابة والثمن في البيع تابع والاصل هو العبد او المبيع فكان العقد يتحقق بالمعقود
عليه والمعقود به كالخارج من العقد كالشرط وكان شرطا تسامحا لا حقيقة والله اعلم **قوله**
عبارات المفسد الخ وذلك ان الكتابة يشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولي ويشبه النكاح

منجز

من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين كذا في الكافي **قلت** الرهن
ايضا يشبه الهبة من حيث انه تبرع لملك الحبس من غير عوض يقابله ويشبه بعاقبته استيفا عين
حقه والاستيفاء مبادلة من وجه فان لم يكن تبرعا من كل وجه كما ذهب اليه البعض فلا اقل
من ان يعتبر تبرعا من وجه فيبطل ببعض الشروط دون البعض كالكتابة **قوله** بخلاف ما اذا
استثني خدمتها حيث لا يصح بل يبطل ويصح الوصية ويستحق الموصى له الجارية مع الخدمة **فان قيل**
يلزم من هذا الاصل وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه ان ما يصح افراده بالعقد
يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده فيصح استثناؤه **قلنا** يمتنع لزوم العكس اولا
ولو سلم فالجواب ان الاستثناء تصرف في اللفظ فيصح استثناء ما دخل في المستثني منه ولفظ الجارية
لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناؤها ولان الوصية ليس بعقد الا يري انه يصح قبول الموصى له
بعد موت الموصي فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا وكذا يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصي
له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول ولانا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة لزم
ان يرد الخدمة الي ورثة الموصي والارث لا يجري في المنافع كذا في الشرح **قلت** لا مانع
للانعكاس فلا يجري لان المصنف قد صرح بانعكاس هذا الاصل في اول البيوع حيث قال
~~المصل في اول البيوع حيث قال~~ ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه واما
الجواب الاول فينتقض بصحة استثناء الحمل فان لفظ الجارية كما لا يتناول الخدمة لا يتناول
الحمل ايضا وصرح به المصنف في الوصايا بقوله ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء
لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكن يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية
صح افرادها هذا لفظه واما الجواب الثاني فهو يخالف ما ذكر المصنف فيما ذكرنا من مسألة الوصية
بالجارية الا حملها حيث علل هناك بقوله ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا
هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه فقد نفى صحة استثناء الحمل في الوصية علي
هذا الاصل فلو لم يكن الوصية داخلا في مطلق لفظ العقد لم يصح استثناء الحمل في الوصية عليه
قوله مستدركا لي يمكن تداركها بازالتها ودفعها باعتبار اقتضائها **قوله** لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم فيها الي في تحملها في البيوع ولو كانت متفاحشة لم يكن متحملا في البيوع عند
احد لاجماعهم علي ان الجهالة المتفاحشة ليست بمتحملة فيها كالبيع الي هبوب الريح فانه فاسد
اجماعا **قوله** ولانه معلوم الاصل عطف علي قوله لاختلاف الصحابة فيكون دليلا اخر
علي كون الجهالة يسيرة الي ولان هذا الاجل معلوم الاصل لعدم التردد في وجوده بل في
التقدم والتأخر وعلي قوله لان الجهالة الخ فيكون دليلا اخر علي جواز الكفالة الي هذه

الاوقات اي وقات هذه الكفالة معلوم الاصل لان الذي لا ان بناء الكفالة على الدين فكان اصل
الكفالة هو الدين ولا جهالة في الاجل الذي هو تابع ولا يعتبر في الكفالة التي بناها على المساهلة
قوله الاولى دليل اخر على الجواز اي الكفالة مع جهالة الدين الذي هو اصله جايزة فمع جهالة
الاجل الذي هو كالوصف له اولى ان يجوز قوله فكذا في وصفه وهو الاجل فان قلت قد
صرح المصنف في غير موضع بان الاجل ليس بوصف للثمن لان الاجل حق المشتري والثمن حق
البايع ولان الثمن موجود بعد مضي الاجل وسماه هنا وصف الثمن اجيب بان الاجل وصف
اعتباري للثمن لا حقيقي وهذا هو وجه التوفيق فتامل قوله ولنا ان الفساد للمنازعة ويقال
للمنازعة ولكونه شرطا فاسدا في معنى الربا لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة ما لينه لاحدهما
اذ الاجل في حكم المال حتى يدل المال بمقابلته ولم يرد الشرع بجوازه لانه ورد بجواز المعلوم وهذا
مجهول وبعد اسقاط الاجل قبل حلوله وان ارتفعت المنازعة فلا يرتفع معنى الربا الذي حصل
باعتبار كونه شرطا وجوابه ان معنى الربا غير معتبر في الاجل لوجوده في المعلوم مع انه ليس
بمفسد اجماعا فلم يبق الا معنى المنازعة وقد ارتفعت باسقاط الاجل فصار كالاجل المعلوم قوله
وهذه الجهالة في شرط زايد وهو التاجيل الى الحصاد لا في صلب العقد لا في المبيع او في الثمن فان
قلت يشكل بما اذا باع الى هبوب الريح ثم اسقط الاجل لا ينقلب جايزا قلت الجهالة فيه قوية
لانه ليس زمان معين يهب الريح فيه فكانت متفاحشة فصارت كانها دخلت في صلب العقد كذا في
الناهات وفيه نظر لان الجهالة المتمكنة في صلب العقد لا يمنع انقلاب العقد جايزا اذا ارتفعت
قبل تقرره كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس فانه ينقلب جايزا مع ان الجهالة في صلب العقد
وجوابه ان هذا مبني على ما قال شمس الايمة الحلواني ره انه وان اعلم بالرقم في المجلس لا ينقلب
ذلك العقد جايزا ولكن ان كان البايع دايما على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء
بالتراضي واما الجواب على تقدير التسليم فما قال في المبسوط وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح
او امطار السماء لان ذلك ليس باجل فالاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وامطار
السماء قد يتصل بكلامهما فعرفنا انه ليس باجل بل شرط فاسد ولذلك فسد العقد قوله
بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد لان الفساد في صلب العقد
فان قلت اذا باع بالف ورطل من خمر فان العقد ينقلب صحيحا اذا اتفقا على اسقاط
الخمر نص عليه في اخر الصرف مع ان الفساد هنا في صلب العقد قلت ذكر في الزيادات الظهيرية
ان العقد لا ينقلب جايزا في هذه المسئلة باسقاط الخمر فلنا ان نمنع واما على رواية الصرف فالفرق
بين اسقاط الدرهم واسقاط الخمر مشكل وغاية ما يمكن في الفرق ان فساد العقد باعتبار الربا

قوي

قوي اذ الربا حرام في الاديان كلها اما بيع الخمر والبيع بالخمر فهو صحيح فيما بين الكفرة فاظهرنا
التفاوت بينهما في الانقلاب الى الصحة عند اسقاط الخمر فيما اذا باع بالف ورطل من خمر وعدمه
عند اسقاط الدرهم الزايد فيما اذا باع درهما بدرهمين قوله اما البيع الى هذا شرط فاسد
واعترض بان الشرط الفاسد هو ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه ولا منفعة
في هذا الشرط للاجل واجيب عنه في النهاية بان اشتراط قبول الحر اشتراط القبول بدله
وهو عين الربا وفيه بحث للقطع بان بدل الحر انما يشترط على المشتري بمقابلة ملك الحر له
فاذا لم يسلم له الحر لم يسلم للبايع بدله على المشتري والربا انما يلزمه على تقدير سلامة بدل
الحر للبايع وهو غير سالم له بهذا الشرط فلا يكون ربا وقد اجيب ايضا بان فيه منفعة للبايع
باعتبار تزوج عبده لا ادون بالضم الى الحر الحسن الاجود وفيه ايضا نظر لظهور ان التزوج
انما يكون باعتبارات الخطرات اللاحق في الادون حسبي بعيد زيادة في جانب الاجود ولا
يختار في مجموع الحر اذ هو الاحسن للمشتري بل الجواب ان بيع الحر استهانة به واهانة الغير
ربما يكون مقصودا فيما بين الناس لاغراض كثيرة فيصلح منفعة للبايع قوله والبيع صفقة
واحدة فان قلت قد مر انه اذا بين ثمن كل واحدة يكون الصفقة متفرقة اجيب اولا
بان ذلك محمول على ما اذا كرر لفظ البيع وثانيا بان تفريق الثمن انما يوجب تفرق الصفقة
معنى لا صورة على ما يحرر قوله في الكتاب اذا بين ثمن كل واحد فانه صفقتان معنى
ولاتحاد صورة يكفي لكون القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وثالثا بان مراده اذا بين ثمن
كل كانت صفقتان معنى في حق التفريق في القبول بان قبل البيع في احدهما دون الاخر
لا مطلقا وذلك ان التفريق فيه انما لا يجوز دفعا للضرر عن البايع اذ العادة جارية بضم
الردي الى الجيد ومتى فصل الثمن علم انه رضي بقبول العقد في كل واحد منهما قوله
اما البيع في هولاء موقوف ذكر انفا ان البيع في هولاء باطل والصحيح ما ذكر هنا فان محمد ره
ذكر في الجامع اذا حلف لا يشتري عبدا فاشترى عبدا مغصوبا من الغاصب يحنث لان الموقوف
ينعقد سببا ولو اشترى مدبرا او مكاتبا او ام ولد لا يحنث لان في المحل ما يمنع ثبوت الحكم
وايضا لو اشترى عبدا او جارية وباعه من اخر ثم فما قام العبد بينة انه كان عبدا
لفلان حرره او اقامت الجارية بينة انها كانت لفلان استولدها او اقام رجل بينة على ذلك
وكان تادى هذه الاسباب قبل تاريخ البياعات كلها او لم يعرف التاريخ اصلا وقضى القاضي
بذلك فهذا وما لو قامت البينة على حريته الاصل او على العتق سواء يرجع كل واحد على
بايعه قبل ان يرجع عليه مشتريه فلو كان عقد البيع منعقدا في المدبر والمكاتب لكان

اثبات التدبير ولا استبدال كاثبات الملك المطلق من السمى وفيه لا يرجع احد من المشترين على بايعه فيقول ان يرجع مشتريه عليه فكذا وجب ان يكون الجواب فيهما كذلك وليس كذلك فعلم ان بيعهما باطل كبيع الحر

فان قلت اذا كان بيع المدبر وام الولد باطلا وجب ان لا ينفذ بالقضاء قلنا انه ان كان باطلا فبطلانه موقوف يحتمل ان ينفذ بالقضاء كبطلان الوقف مع بذكر العامة عند ابي حنيفة ويكون القضاء فسخا للسبب قبل البيع فان قلت فيجب ان يبطل بيع القن مع المدبر كبيعه مع الحر اجيب بان بيعه ان كان باطلا في حق نفسه فهو منعقد في حق ما ضم اليه كما لو جمع بين عبده وعبد غيره وما ذكره هنا من ان البيع في مثله موقوف يوافق ما ذكره شمس الايمة السرخسي حيث قال في مسئلة بيع العبد والمدبر بصفقة واحدة ان البيع في المدبر غير نافذ ولهذا لو اجازه القاضي جاز ولكنه غير نافذ في حق المدبر وذلك معنى فيه فلا في العقد ولهذا لا يتعدى الى الاخر هكذا ذكره الشارح في مسئلة شراء ما باع باقل مما باع

قوله وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان قلت قد ذكر المصنف في ادب القاضي ان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ والمجتهد فيه ما لا يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع فعلى هذا جواز بيع ام الولد لا يكون مجتهدا فيه لكونه مخالفا للسنة المشهورة وهو قوله عليه السلام اعتقها ولدها فينبغي ان لا ينفذ قضاء القاضي فيه لان من شرط نفاذه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا قلت قوله عليه السلام اعتقها ولدها متروك الظاهر فلا يقدح مخالفته في كونه مجتهدا فيه

فصل في احكام الفاسد

قوله بامر البايع الى ناديه صريحا او دلالة بان قبضه بحضرته ولم ينهه لا يقال لو اتلف مال الغير او باعه بحضرته وسكت لا يكون اذنا بالاتلاف والبيع لانا نقول انما يكون هنا اذنا بالقبض باعتبار ان البايع سلطه على القبض بالعقد فصار كالموهوب له يقبض في المجلس بحضرة الواهب وسكوته انما يكون اذنا بالقبض بحكم التسليط والتسليط فيما اذا اتلف مال الغير او باعه بحضرته لم يوجد فافترقا قوله كيلا يودي الى تقرير الفساد المجاور وذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لكان البايع مامورا بالتسليم وفيه امر بتقرير العقد لانه يتقرر بالتسليم وفي تقريره تقرير الفساد المجاور ونحن امرنا برفع هذا الفساد فاستحال ان نومر بتقريره ولقايل ان يمنع الملازمة بين ثبوت الملك قبل القبض وكونه مامورا بالتسليم لجواز ان لا يكون مامورا بالتسليم لمكان الفساد ووجب النقض الا يرى ان ثبوت الملك بعد القبض لا يمنع نقضه لمكان الفساد فكذا ثبوته قبل القبض لا يوجب التسليم فالاولى ان يقول في تقريب ما في الكتاب انا امرنا بالامتناع عن العقد الفاسد مما امكن وقد امكن الامتناع بعد الايجاب والقبول حكما بتاخير الملك الى القبض لان الملك اذا لم يثبت قبل القبض اخذ القبض حكم القبول فيكون الامتناع عنه امتناعا عن العقد الفاسد حكما وحكم العقد يحتمل التاخير والقبض مما يتوقف عليه الملك في الجملة فوجب القول بتاخيره الى القبض

لئلا يلزم يودي ثبوت الملك قبله الى ثبوت الفساد المجاور من كل وجه مع امكان الامتناع عنه من وجه بجعل القبض كالقبول في توقف الملك عليه قوله اذ هو اي العقد الفاسد واجب الدفع بالاسترداد فلان يجب دفعه بالامتناع عن المطالبة اي تسليم المبيع او القبض اولى والدفع بالامتناع عنه انما يمكن اذا كان القبض في حكم القبول وان يكون كذلك الا اذا توقف الملك عليه توقفه على القبول وتقريره اخرانه لما وجب الامتناع عن التسليم بالطريق الاولى فلا يثبت الملك قبل القبض اذ لو ثبت الملك قبل القبض لم يكن مجرد الامتناع عن القبض فسخا بل يحتاج الى شيء اخر حتى يرتفع الملك فقوله اذ هو دليل اخر بدل من الاول او معطوف عليه بحذف حرف العطف قوله ولان السبب قد ضعف الى اخره يشكل بالوصية فانها ايضا عقد ضعيف منه حيث انها تقبل الفسخ وانها عقد تبرع من جانب واحد كالهبة مع انها لا تحتاج الى الاعتضاد بالقبض في افادة الملك والجواب ان السبب الضعيف انما يحتاج الى الاعتضاد اذا ورد على ملك قوي كالهبة والوصية وقت نفاذها ما بعد الموت حتى يعتبر القبول والرد بعده وملك الشخص بعد موته ضعيف لا يبقى الا فيما يتعلق به حاجته فيوثر في ازالته السبب الضعيف بدون الاعتضاد ايضا قوله وشيء اخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا فيحمل لان العقد على اعتبار قيمة الخمر يصير صرفا كانه باع قيمتها بدراهم معينة الا انه صرف فاسد لجهالة احد عوض والصرف الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض في المجلس فاعتبار قيمة الخمر وكونه مما لا يصلح ثمنا لا يوجب بطلان البيع بل يخفف فساده والمطلوب اثبات البطلان وايضا القيمة انما تجب على البايع على تقدير فساد بيع الخمر اذا وجب عليه التسليم لانه حينئذ وجب تسليم الشيء وتعذر تسليمه بعينه فقام قيمته مقامه ولكن التسليم لا يجب في البيع الفاسد لا على البايع ولا على المشتري انما يجب القيمة على المشتري في البيع الفاسد بالقبض ويتقرر ذلك بالهلاك كما يجب على الغاصب بالغصب ويتقرر بالهلاك ولكن وجوبها عليه لا يودي الى جعلها مثمنا على ما لا يخفى فان قلت المقصود هنا اقامة الدليل على عدم صحة البيع الخمر بالدراهم وتقريره انه لو كان صحيحا لوجب على البايع تسليمه اذ البيع يوجب التسليم وتسليمه متعذر اذ المسلم ممنوع عن تسليمه وتسلمه فيجب عليه تسليم قيمته فيودي الى جعل القيمة مثمنا وانه لا يصلح لذلك قلت بل المطلوب هنا التفرقة بين بيع الخمر بالدرهم او بالدينار وساير البيوع الفاسدة من حيث انها يوجب الملك عند القبض وبيع الخمر بالدرهم لا يوجبه اصلا فيجب اقامة الدليل على كونه باطلا لا فاسدا ولا يخفى ان بيع الخمر انما يودي الى جعل القيمة مثمنا لو كان صحيحا من كل وجه واما لو كان فاسدا بوصف صحيحا باصله كساير البيوع الفاسدة لم يود الى ذلك على ما لا يخفى قوله بشرط ان يكون

القبض باذن البايع قلت وانما شرط الاذن لان القبض تصرف في ملكه فلا يجوز الا باذنه قوله
لانه مضمون بنفسه اي مضمون بالمثل حتي المثل نفسا لانه تحكي حكاية النفس والتقدير انه
مضمون بالمثل وكل ما هو مضمون به فالمثل صورة ومعنى مقدم علي المثل معنى لا صورة وهو
القيمة كما في الغصب فان المغصوب لما كان مضمونا بالمثل كان المثل الصوري مقدما علي المثل
المعنوي فكذا المبيع بالبيع الفاسد ثم قوله مضمون بنفسه احتراز عما يكون مضمونا بغيره كالمشتري
بالثمن والرهن بالدين قوله اعدل اي اكثر عدلا اي مساواة والمقصود من التضمين هو
التسوية فما كان التسوية فيه اكثر كان مقدما في التضمين قوله لانه لما لم يفد حكم فيكون الفسخ امتناعا
منه اعلم بان القبض فيما يتوقف حكم عليه كالقبول في حق الحكم وحكم البيع الفاسد يتوقف علي القبض
فيكون بمنزلة القبول فقبل القبض يكون الفسخ امتناعا كما يكون امتناعا قبل القبول وولاية
الامتناع لكل المتعاقدين فكذا يكون لهما ولاية الفسخ الذي هو في معنى الامتناع قوله
ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارض مجرد الوصف
قلت هذا التعليل ينتقض ببيع المشتري من المكره علي البيع فان للمكره ان يسترد المبيع من
مشتري مشتريه مع ان البيع الاول وهو بيع المكره صحيح باصله دون وصفه والثاني صحيح باصله
ووصفه وجوابه سنذكر في الاكراه انشاء الله تعالي قوله وينقض الاول لحق الشرع فان قلت
قوله الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط يعرب نقض الاول فيما اذا كان الفساد لشرط زايد
لحق من له الشرط باعتبار عدم رضاه فينبغي ان يكون له الفسخ لان حق العبد ان كان
مقدما علي حق الشرع فلا يجوز تقديمه علي حق العبد اجيب بان علم ولاية الفسخ في هذه
الصورة لتعليل آخر وهو ان البيع الثاني حصل بتسليط البايع قوله فلمن له الشرط فان قلت
الفساد واجب الرفع سواء كان في صلب العقد او لشرط زايد فيجب ان يتمكن كل منهما من الفسخ
اقامة للواجب قلت هذا ما تمسك به لابي حنيفة ولابي يوسف رحمه الله بجواز الفسخ من كل منهما مطلقا
وما ذكره من التفصيل فهو مذهب محمد رحمه الله وهو كان يقول بعد القبض يثبت الملك للمشتري وانه
حق العبد وحقه مقدم علي حق الشرع عند المعارضة واذا كان الفساد لشرط زايد فحق الشرع
ضعيف يعارض حق العبد فيعمله عليه واذا كان في صلب العقد فحق الشرع قوي لا يظهر
حق العبد بمقابلته حتي تقدم بخلاف ما قبل القبض حيث لم يتعلق به حق للعبد بعد لكان الفساد
الذي في صلب العقد والفساد الذي لشرط زايد سواء قوله ولانه حصل بتسليط من جهته
البايع وقد يقال التسليط من قبله ان كان يمنع الاسترداد لحقه فلا يمنع لحق الشرع فكان تعليل
في ما اذا كان الفساد لشرط زايد فان ولاية الفسخ ثم لمن له الشرط علي ما يعرب قوله

الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له فلا يمكن من فسخ البيع الثاني لحقه لحصوله بتسليط منه وكانه
وصي ببطلان حقه بذلك الاسترداد علي تقدير صح المشتري من غيره قوله والرهن نظير البيع
لانهما للالزام قلت لو كان الرهن نظير البيع لصار المولي مختارا للفداء اذا رهن العبد الجاني
بعد العلم بالجناية كما يصير مختارا له اذا باعه وسيأتيك انه لا يصير مختارا للفداء بالرهن لتمكنه من
قضاء الدين والاسترداد الرهن متي شاء فلا بد من الفرق بين حكم الفداء ولزوم القيمة في البيع
الفاسد قوله ولانها لا ينعقد شيئا فشيئا اي يتحول العقد من العين الي المنافع بحسب وجودها فان
الاجارة بيع اولا الي العين القائمة مقام المنافع ثم اذا وجدت المنافع يتحول العقد من العين
الي المنفعة لانها المقصودة بالاجارة قوله فكان الرد امتناعا اي من وجه فمن حيث انه امتناع
امتنع كان له ان يفسخ بلا عذر ومن حيث انه فسخ لم يكن له ذلك مع العذر ايضا فجوزناه بالعذر لا
بغيره عملا بجهتي كونه فسخا وامتناعا وبهذا يسقط ما يرد ان الرد لو كان امتناعا لزم ان يصح بلا
عذر ايضا ووجه السقوط علي ما ذكرنا من التوجيه ظاهر قوله حتي يرد الثمن اي القيمة التي
اخذها من المشتري كذا في الشرح والاولي ان يقال ولانه لان الثمن في البيع هو مطلق الدراهم صحيحا كان او
فاسدا والواجب الرد في البيع الفاسد عند اخذ المبيع هو عين ما اخذه من المشتري اذ الثمن المؤدي
فيه يتعين بالتعيين حتي لو استهلك ما اخذ منه ورد مثله لا يجوز ولا يسقط ما للمشتري من حق
الحبس ولا يمكن ان يراد بالثمن ما هو المسمي في العقد من مطلق الدراهم او الدنانير حيث
لا يتمكن من استرداد المبيع برد المطلق بل برد عين ما اخذه فلا بد وان يراد بالثمن عين
المال الذي اخذه من المشتري وايضا فيه تصريح بالاحتراز عما اذا اشتري عبدا بالف درهم دين
كان للمشتري علي البايع شراء فاسدا وقبض باذن البايع ثم ان البايع اراد استرداد العبد
بحكم فساد البيع واراد المشتري حبسه لم يكن له ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا كان البيع جايزا في
هذه الصورة لان للمشتري ان يحبس المبيع الي ان يستوفي ما علي البايع من الدين والفرق ان
العقد في الجايز لا يتعلق بعين ذلك الدين بل بمثله دينا في الذمة ثم يلتقيان قصاصا فيعتبر بما
لو استوفاه حقيقة وفي الفاسد ان كان لا يتعلق بعين ذلك الدين ايضا لكن لا يجب مثل ذلك دينا
في ذمة المشتري وانما يجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة غير متقررة قبل الهلاك فما تعا
بمثل القرض ودين المشتري متقرر فلم يتفقا وصفا والمقاصة انما يقع عند الاستواء في الوصف فلم
يصر البايع مستوفيا للثمن بالمقاصة لتعذر ذلك بالاستيفاء حقيقة ثم قوله حتي يرد الثمن ظاهره
يشعر بان البايع يطالب بالثمن اولا ولكن ينبغي ان يقال سلما معا ليعين حق كل واحد اذ
الثمن يتعين في البيع الفاسد علي الاصح قوله لان المبيع مقابل به قال الامام التمرتاشي رحمه الله تعالي

بالاظهر

منورة

عند بيعا فاسدا واستاجره اجارة فاسدة ونقد الثمن او الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا فله ان يحبسه
بالمشتري حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا لان هذه عقود معاوضة فيوجب
التسوية بين البدلين كذا في الشرح **قلت** ان الدراهم والدنانير متعينات في الفاسد في الاصح
فكانت التسوية قايمة فيه لتعين كل من البدلين فينبغي ان لا يجب على البايع تسليم الثمن
اولا بل يقال سلما معا كما في بيع الصرف وكان ما ذكره الشارح محمول على غير الاصح **قوله**
ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى **فان قلت** هذا يوجب ان لا ينقطع حق البايع
ببيع المشتري ايضا لان حق الشفيع وهو اضعف الحقين لا يبطل به فهو اولى ان لا يبطل **قلت**
نعم ولكن ابطلنا حق البايع بالبيع لما سبق انه يتعلق بالثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته
وحق المشتري ان كان يتعلق بالبناء والغرس ولكن لا على وجه مشروع لان تصرفه في المشترى
شراء فاسدا غير مشروع فصار كتعلق حقه بنفس المبيع وذلك غير معتبر لقطع حق الاسترداد
لانه ليس على وجه مشروع فكذا هذا **قوله** والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود **فان
قيل** قد ذكر قبيل انها يتعين في البيع الفاسد فكيف ذكر هنا انه لا يتعين قلنا فيه اختلاف
الروايتين فذكر هذه المسئلة على قول من يقول بانها لا يتعين كذا في الشرح وفي الحاشية
ان البحث في العقد الثاني وهو صحيح لا في الاول حتى يحتاج الى الجواب **قلت** ذكر
الشارح هذا السوال عند قوله والدراهم والدنانير لا يتعينات في العقود وفي جهة ان
هذا يعم سائر العقود الفاسدة وذكر انها لا يتعين فيها فلا بد من الحمل على الرواية
الاخرى او على الصحيحة من العقود نعم لو كان سوال الشارح على قوله فلم يتعلق العقد بعينها
لكان غير متوجه ولكن ذكر هذا السوال على عموم قوله لا يتعينات في العقود ولا شك انه متوجه
محتاج الى الجواب **قوله** والمعتبر في الشبهة دون النازل عنها وهذا يشكل بان اجارة منافع
الدار بمنافع الحانوت لا يجوز مع انهما مختلفان لشبهة المجانسة ولو كانا متجانسين حقيقة لكان
فيه شبهة الربوا باعتبار وجود احد وصفيه فلما كانا متجانسين حكما كانت الشبهة نازلة وشراء
ما باع باقل مما باع حرام لشبهة الربوا وانه كما حرم للبايع حرم لكل من لا يقبل شهادته له
كالابن والاب والزوجة مع القطع بان شراء البايع ما باع باقل منه قبل نقد الثمن لما
كان حراما لشبهة الربوا كما مر كان في شراء من لا يقبل شهادته له شبهة الشبهة الا ان يقال
ان الحرمة اذا لم يكن غير منصوصة لكنها ثبتت للشبهة احتياطا لم يثبت فيما سرت تلك الشبهة
اما اذا كانت منصوصة ثبتت فيما فيه شبهة المنصوص وان كان النص معللا بالشبهة اذ المعتبر
فيما فيه النص هو النص دون العلة المستخرجة فيحرم كل ما فيه شبهة المنصوص وان كان فيه

شبهة شبهة العلة وشراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن حرام بالنص وان كان النص معللا بشبهة
الربوا لا لاجل الشبهة نفسها حتى لا يحرم ما سرت فيه تلك الشبهة وهو شراء من لا يقبل شهادته
وكذا حرمة النساء عند وجود احد وصفي علة الربوا منصوص عليها فيحرم في كل ما يوجد فيه شبهة
وجود احد الوصفين وان كانت شبهة الربوا فيه نازلة نعم لقايل ان يقول فيجب ان يحرم
اسلام الدراهم او الدنانير في الزعفران لاتحادهما في كون كل موزونا لانه انما لا يحرم باعتبار
اختلافهما في كيفية الوزن اذ الزعفران توزن بالامناء والدراهم والدنانير توزن بالسنجات ولو
كان كل واحد منهما موزونا على نمط واحد لكان فيه شبهة الربوا فحيث اختلفا في كيفية الوزن
سرت تلك الشبهة الى ما دونها فلو كان حرمة النساء عند وجود احد وصفي علة الربوا من العلة
او الجنس منصوصا عليها لحرم في كل ما يوجد احد وصفيها ولو شبهة **قوله** وكذا اذا ادعى على
اخر مالا الى قوله لا يتعينان وبدل المستحق مملوك والدليل عليه ان الرجل اذا باع عبدا بجارية واعتق
الجارية ثم استحق العبد لا يبطل العتق في الجارية ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لبطل والفقه
ان الاستحقاق يظهر في حق البدل من وجه اذ ما ظهر في حق نفسه قصدا ولكن ظهر في شيء هو
بدل عنه فكانه ظهر في حقه من هذا الوجه ولو كان الاستحقاق ما سامن كل وجه لبطل الملك
ولو لم يظهر اصلا لنفي فاذا ظهر من وجه قلنا بقاء الاصل وفوات الوصف وهنا بحث لانه ذكر
في الذخيرة انه اذا كفل بالثمن فنقد الكفيل وقبض المشتري المبيع ثم غاب الكفيل قبل ان
يرجع على المشتري ثم استحق المبيع فاراد المشتري ان يرجع على البايع بالثمن لم يكن له ذلك
حتى يحضر الكفيل لانه لو رجع واما ان يرجع لان اداء الكفيل كادائه ولا وجه اليه لانه ما لاستحقاق
تبين ان الكفيل لم يود شيئا واجبا عليه وان الكفالة كانت باطلة واما لانه ملك المودى ولا
وجه اليه لانه انما يملكه اذا ضمن الكفيل مثل المودى ولم يضمن بعد ولو كان الكفيل رجع
على المشتري بما نقد ثم غاب ثم استحق رجع المشتري على البايع لانه ملك المودى بالضمان ولو هلك
المبيع في يد البايع كان للمشتري ان يرجع بالثمن على البايع رجع الكفيل على اولا اما اذا
رجع فلما قلنا في الاستحقاق واما اذا لم يرجع فلانه بهلاك العبد لا يتبين ان الكفالة فاسدة
اذ به لا يتبين ان العقد لم يكن صحيحا فحصل الاداء بكفالة صحيحة وصار كاداء المشتري اما بالاستحقاق
فيظهر ان الثمن لم يكن واجبا عليه وان الكفالة لم تصح فلم يصر اداء الكفيل كاداء المشتري
هذا لفظه فلو كان بدل المستحق مملوكا لكان اداء الكفيل بحكم كفالة صحيحة كاداء المشتري
ولم يظهر بالاستحقاق بطلان الكفالة بالثمن يعرف بالتامل والجواب ان بالاستحقاق ان
كان لا يظهر ان الثمن لم يكن واجبا على المشتري وانه لم يكن مملوكا للبايع باعتبار انه بدل

المشتري م

المستحق مملوك فلا يخفي انه يظهر بالاستحقاق فساد ملك البايع في الثمن أو بدل المستحق ان
كان مملوكا فهو مملوك ملكا فاسدا وفساد الملك في الثمن يمنع يوجب المطالبة لانها مبني علي
ملك صحيح وامتناع يوجب المطالبة يمنع صحة الكفالة لانها يبتني علي المطالبة فعلي هذا ما
ذكر في الذخيرة من قوله ان الكفيل لم يرد بها واجبا عليه معناه لم يرد بها واجبا وجوبا
صحيحا والكفالة يبتني علي الوجوب الصحيح الذي يوجب عليه المطالبة فيظهر بطلان الكفالة
ثم المصنف جعل الدراهم المؤداة الي الدائن بدل دينه الذي له علي المديون وفيه اشعار
بالدين بالقضاء يسقط ولا يبقي مملوكا للدائن ولا يلزمه اجتماع البدلين في ملك وقد ذكر في الزيادات
ان الدين لا يسقط بالاداء الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفايدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما
هو في نفسه قايم ومن هذا قالوا لو ابرأه رب الدين مديونه عن الدين بعد استيفايه الدين يصح
ابراؤه ويلزمه رد ما استوفي والله اعلم **قوله** ثم قال النبي صلي الله عليه وسلم لا يستام الرجل
علي سوم اخيه اراد به الاخوة العامة الثابتة بقرابة آدم وحوا عليهما السلام فيتناول ما اذا
كان صاحبه ذميا او اراد الاخوة الدينية الثابتة بقوله انما المؤمنون اخوة واما الذمي
فتابع للمسلم فيما لهم وعليهم واللطيفة في ذكر الاخ مكان الغير الاستعطاف اذ الاخوة حامل علي
الامتناع عن التحاشي بالسوم علي سوم غيره ثم لفظ الخبر وان كان بصيغة الاخبار فمعناه النهي
صونا له عن الخلف اذ الرجل ربما يستام علي سوم غيره والنكتة في العدول عن النهي الي
النفي اظهار نحو الدعوى في الامتثال كانه امتثل وامتنع عن السوم علي سوم غيره فهو يخبر عنه
قوله ولان في ذلك ايحاشا واضرارا اي ايقاعا للاخ في الوحشة والضرر وقد نهي عليه السلام
عنه فقال لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وقال لعن الله من ضر مسلما او غره فهذا في المعني متمسك بحديث
~~والايحاش اضرار~~ ومعني هذا الحديث لانه معلول بالضرر والايحاش قوله ما ذكرناه من محمل النهي
هنا محمل النهي في النكاح اي النهي من الخطبة علي خطبة اخيه محمول علي ما اذا ركن احدهما
الي الاخر بعد استقرار المهر وانما حمل عليه لانه معلول بالايحاش والاضرار وانه انما يتحقق
بعد ركون احدهما الي الاخر فاما قبله فلا ضرر ولا ايحاش ولانه عليه السلام قد اجاز بيع من يزيد
فلو اطلق النهي هنا لكره بيع من يزيد ايضا قوله لتشبثهما الغري كتمه **قوله** اما اذا لم
يكن كذلك اي في قحط وعوز فلا باس بالبيع للطاحي لانعدام الضرر وهو الموجب للكراهة
والحكم ينتفي بانتفاء العلة المنحصرة **قوله** ثم فيه اخلال بواجب السعي علي بعض الوجوه
بان تعلقا عند البيع او دفعا فابيت بخلاف ما لو كانا ماشيين فانه يحل ولا يكره هكذا ذكر
صدر الاسلام في اصول الفقه كذا في الشرح **قلت** انما يجوز البيع في حالة المشي اذا اتصل قبول

المشتري

المشتري بايجاب البايع من غير سكتة بينهما وان لم يتصل به قبول المشتري فلا يجوز البيع هكذا ذكر الشارح
في اخر فصل الامر بالبيع ثم البايع والمشتري لو كانا في سفينة يجري الي الجامع لا يكره البيع اصلا وهذا
النظير اوضح **قوله** لان الفساد لمعنى النهي والحرمة او القبح ثابت بالنظر الي معنى زايد لا في
صلب العقد ولا في شرايط الصحة **فان قلت** من شرايطها ان لا يكون البيع منهيا فقد علل المصنف
فساد البيع بالنهي في غير موضع من كتابه والنهي متحقق هنا **اجيب** بان النهي انما يوجب الفساد
اذا كان لمعنى لا ينفك من المنهي عنه ولا يكون له وجود في غيره ويسمي وصفا بخلاف ما ينفك عنه ويكون
له وجود في غيره ويسمي مجاورا وانه يوجب الكراهة اثباتا للحكم بقدر الدليل والنهي في هذه البيوع
لمجاور لان ترك السعي مما ينفك عن البيع ويوجد بغيره وكذا الضرر باهل البلد لا يختص ببيع الحاضر
للبادي لان وجوه الضرر ليست بمحصورة عليه **فان قلت** يشكل بالنجش والسوم علي سوم
غيره لعدم تصوره في غير البيع **اجيب** بان المنهي عنه هو النجش والسوم دون البيع لا جلهما
قوله لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة
والتفريق بينه وبين احبته معذبة كما اشار اليه الحافظ الشيرازي بقوله شنيدم كه بخشي خوش
كه بير كنعان كفت :: فراق يار نه آن ميكند كه بتوان كفت :: حديث هول قيامت كه كفت واعظ
شهر :: كنايتيست كه از روزكار هجران كفت :: وفي عبارة النجشي فرقت احباب آتشي است سوزنده
وقطيعت ارباب تيغي است برنده دوري همدمان مرتي آست بي مرك مجب ومحجوبي محرمان مركي
است بي ملك الموت بيت هيئت عزرايل را معزول باعشق سوزنده كار :: هم فراق دوست عزرايل
بس باشد ما **قوله** والمنع من التعاهد اي تعاهد الكبير الصغير وقد يقال التعاهد واجب
علي مولاه فلا يضره فوت تعاهد الكبير لقيام تعاهد المولي مقامه وذكر في الكافي **فان قلت**
الحربي اذا دخل دارنا بامان ومعه صغيرين فاراد ان يبيع احدهما فلا باس بشرايه منه وان
كان فيه تفريق **قلت** لو لم نشتره لكان ذاهبا الي دار الحرب وشراؤه منه انظر له من مراعاة
التفريق هذا كلامه وقد يقال شراؤه وان كان انظر له فهو اضر للاخ الباقي علي ملك الحربي
وجلب المنفعة لاحدهما انما يعتبر اذا لم يتضمن الحاق ضرر بالاخر ولان دفع المضرة اولي من اتصال
الراحة ثم هذا الذي ذكره الشيخ يقتضي ان يجوز بيع احد الصغيرين من ابيه اوامه او غيرهما
ممن يوجد رحم منه لانه انظر له حيث يعتق علي المشتري ويخلف المشتري للاخر في التعاهد والاستيناس
ولكن الظاهر انه لا يجوز لان بيع احدهما ممن يعتق عليه ثم يتعاهده ويستانس وان كان انظر للذي
يبيعه منه فهو يضر بالاخر ودفع الضرر عن احدهما اولي من جلب المنفعة للاخر قوله ثم المنع
معلول بالقرابة المحرمة للنكاح وهذا من قبيل دلالة النص وانه في تعميم الحكم كانه قيل من فرق

بين المحرمين الحديث ولكن يشكل بان دلالة النص لا يحتمل التخصيص وقد خص الكبيرين المحرمين
وجوابه انه ليس من التخصيص بل هو من باب ترك الدلالة بدليل اقوى منه وهو ما روي انه عليه السلام
فرق بين مارية وسيرين وهما امتان اختان قوله فيقتصر على مورده ويقال الوارد بخلاف القياس
ان لم يحتمل المقايسة باستنباط العلة فهو يحتمل اثبات الحكم في غير المنصوص بمعنى منهوم من النص
والمنع معلول بالاضرار لعنه وانه موجود في تفريق احد الزوجين حتى شرع العذاب الشديد في قوله
تعالى او لا عذبنه عذابا شديدا بتفريقه عن زوجته ولي ضرر اشد من العذاب الشديد قوله
ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فان قيل قد
ذكر قبله معنى معقولا قلنا مطلق وجود المعنى لا يدل على كون النص معقولا وانما ذلك اذا لم يكن
النص مخالفا للدليل الظاهر وهنا كذلك لان المملوكين الصغيرين ملكه والملك مطلق فيجوز تصرفه
بالجمع والتفريق كما يجوز في سائر الاملاك فلما ورد النص بالجمع عن التفريق سمي نصا بخلاف القياس
لمخالفته الدليل الظاهر وان كان فيه معنى معقول من وجه اخر كذا في النهاية قوله حتى لو
كان احد الصغيرين له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لطلق الغير ليتناول جميع من هو
غير المالك سواء كان الغير ابا صغيرا له او كبيرا وهما في مؤنته او لا سواء كان زوجته او مكاتبه
كذا في النهاية قلت ينبغي ان لا يجوز التفريق اذا كان احدهما في ملكه والاخر في ملك
سلالة لاجتماعهما في ملك واحد حكما باعتبار اتصال الاملاك وانتفاع احدهما بملك الاخر عادة وفي
الحرمات يوخذ بالاحتياط الا يرى ان شراء ما باع باقل مما باع لا لم يجز للبائع لم يجز لابنه وزوجته
ومكاتبه وغيرهم ممن اتصلت املاكهم باملاكه احتياطا فكما يوخذ بالاحتياط ثمه وجب ان يوخذ هنا
ثم قال الشارح وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا اما اذا كان كافرا
فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اغلظ والكفار غير مخاطبين بالشرايع قلت هم مخاطبون
بالحرمات والتفريق بين الصغيرين او الكبير والصغير منها وكانوا مخاطبين به قوله للزم المنطورد
دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا ولى في التعليل سوما ذكر في الكافي من قوله لان المنع عن التفريق
لدفع الضرر عن الصغير ولا يجوز دفع الضرر عن شخص لوجه يلحق الضرر بشخص اخر فاذا تعلق باحدهما
حق فالمنع من ايفاء الحق اضرار لصاحب الحق هذا لفظه وذلك ان تعليل المصنف يبني من كون
المنهي عنه قصد الاضرار بالصغير ولا يخفي ان من يبيع الصغيرين الحاجة اعترته فهو لا يقصد ببيعه
اضرار الصبي بل قضاء حاجته مع انه يكره بيعه فعلم ان المنهي عنه هو لزوم الضرر به دون قصد الاضرار
به ثم لقايل ان يقول ان المالك اذا احتاج الى بيع احدهما لحاجة مسته والى ابقاء الاخر في
ملكه للخدمة ولم يجز له التفريق لتضرر به ايضا ومع ذلك تقدم حق الصغير فيه دفع الضرر عنه لوجه

يتضرر

يتضرر غيره الا ان يجاب بان البايع يمكنه دفع الضرر عن نفسه بشراء عبد اخر للخدمة اما
ضرر الصبي فلا يمكنه دفعه فيجب تقديمه في الدفع ثم يشكل بان دفع الضرر عن غيره لم يتعين
في بيعه في الدين ورده الى البايع لامكان دفع الضرر عنه باداء الدين من مال نفسه ورجوعه
الى البايع بنقصان العيب الا يرى ان رد المبيع العيب اذا امتنع لحق العبد لحدوث
عيب اخر في يده او لحق الشرع بان خاطه او صبغه احمر تعين الرجوع بالنقصان فكذا اذا امتنع
العبد المبيع قوله وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين
فيخص به عموم قوله من فرق الى اخره المعلل بالتفريق بين المحرمين ويقال جاز ان يكون التفريق
مطلقا وكان تفريقه عليه السلام بين مارية وسيرين فتعلم الجواز وقد علم ان ارتكاب المكروه
من النبي عليه السلام لمصلحة تعليم الجواز ليس بمكروه باب الاقالة
قوله دفعا لحاجتها وهما قد يحتاجان اليه دفعا للغبن فان البيع عقد مرابحة ومغابنة بخلاف
النكاح حيث لا مغابنة فيه اذ المقصود منه الازدواج دون المال حتى يتحقق فيه الغبن فيحتاج
الى رفعه من الاصل كان لم يكن قوله والاصل الخ فان قلت هذا الاصل يشكل بما
اذا اشتري عبدا بكروسط وتقابضا ثم تقايلا الاقالة رد عين المقبوض ولا مثله انما يجب رد مثل
المشروط في العقد سواء كان المقبوض اجود من المشروط او اردى منه هكذا ذكر في عامة
النسخ وعليه عامة المشايخ ولا يخفى ان رد مثل المقبوض او مثل المشروط من حقوق المتعاقدين
فلو اعتبرت الاقالة في هذا فسخا للزمت رد مثل المقبوض لا لمثل المشروط كما لو كان الرد بالعيب
بعد القبض بقضاء وبما اذا اشتري من له دين مؤجل عبدا من مديونه بذلك الدين ثم تقايلا
لا يعود الاجل وكذا اذا وجد المشتري عيبا فرده بغير قضاء لا يعود الاجل فاعتبرت الاقالة
والرد بالعيب بغير قضاء بيعا جديدا في حق الاجل وان كان من حقهما اذ لو اعتبرت فسخا
لكان يجب ان يعود الاجل كما لو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء وبما اذا كفل بالدين
ثم ان المديون صالح مع رب الدين على عبد ثم تقايلا الصلح فانه لا يعود كفيلا فلم يجعل
الاقالة في حق الكفالة فسخا فيما بينهما لانها لو اعتبرت فسخا فيما بينهما لعادت الكفالة كما لو كان
بالدين رهن والرهن في يد الطالب بعد الصلح فتقايلا من غير شرط الرهن فانه يعود الرهن
قلنا بعض مشايخنا قالوا في الجواب ان الاقالة فسخ فيما بين المتعاقدين معناه انه فسخ فيما بينهما
فيما هو من موجبات البيع الذي جرت الاقالة فيه واحكامه وحكمه ما يثبت بنفس البيع او بما دخل
شرط يقرر حكمه فاما ما ليس من احكامه وهو ما يحتاج الى شرط لا يقرر حكمه فالاقالة في حقه بيع
في حقهما ايضا وذلك ان الاقالة فسخ لفظا بيع معنى فاعتبرنا اللفظ فيما كان من احكام البيع من

حقوقها والمعنى فيما ليس من احكامه عملا بهما جميعا وزيادة الجودة على المشروط ونقصانها عنه
ليس من موجبات البيع فانه لا يجب بالبيع وانما يثبت بعارض بان يزيد المشتري الجودة على
المشروط او يبرئ البايع عنها وكذا الاجل والكفالة ليسا من احكام البيع ولئن كان من
احكامه فليس من احكامه فاعتبرت الاقالة في حق هذه الاشياء بيعا فيما بينهما ايضا واما الرهن
فهو وان كان يثبت بالشرط الا انه شرع لاستيفاء حكم البيع وهو الثمن من مال المشتري والبيع
يوجب استيفاء الثمن من ماله فامكن ان يعتبر الرهن حكما للبيع بخلاف الكفالة فانها شرعت
للمطالبة من غير المشتري والبيع لا يوجب ذلك فلا يعتبر حكما للبيع هذا غاية ما قيل في
الفرق بين الرهن والكفالة والظاهر ان سوال الكفالة غير وارد لان الكفيل ليس بعاقد
فلا يمكن ان يجعل اقالة الصلح في حقه فسخا بل بيعا جديدا ولو عاد كفيلا لزم ان يكون
فسخا في حق غيرهما ايضا اما الرهن فلا يتعلق بغيرهما فيكون فسخا في حقه ايضا **قوله** ان
لاقالة فسخ في حق المتعاقدين حتى لا يبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما ايضا لبطلت
كذا في الشرح **فان قلت** الفساد بالشروط الفاسدة لحق الشرع لا لحق العبد والشارع
غيرهما وفي حق الغير هو بيع جديد فينبغي ان يفسد بالشروط التي لا يقتضيها العقد الا يرى
ان البيع لو كان صرفا فالتقابض شرط لصحة اقالته لانه حق الشرع وفي حقه هي بيع جديد
اجيب بانها ان كانت بيعا في غيرهما ولكن كونه بيعا في حق الثالث امر ضروري يثبت في
ضمن الفسخ لا بمقتضى الصيغة على ما يجي والبيع اذا ثبت في ضمن الفسخ الذي لا يفسد بالشرط
الفاسد اذا كان ذلك الشي لا يفسد به كما لو قال لغيره اعتق امتك عني بالف درهم على ان
تزوجنيها ثبت البيع مقتضى اذا اعتق ولا يفسد بشرط النكاح قال الامام فخر الاسلام ولا يفسد
الكتابة ولم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم يبطل
بالشرط الفاسد كالاعتاق وكذا الفسخ لا يبطل بالشرط الفاسد فلا يبطل به البيع الثابت
في ضمنه بخلاف التقابض في الصرف فانه لو لم يشترط لم يتحقق كونه بيعا في حق الثالث
اذ التقابض شرط لبقاء العقد منعقدا على ما يجي فيكون فواته مبطلا لاصل العقد فلا يكون
بيعا في حق الثالث ايضا وهو بيع في حقه فلا بد من التقابض **قوله** والاصل اه
فان قلت هذا الاصل يشكل بما اذا اشترى بكر وسط وتقابضا ثم تقايلا لا يلزمه رد عين
المقبوض ولا مثله وانما يجب رد مثل المشروط في العقد سواء كان المقبوض اجود من المشروط
او اردى هكذا ذكر في عامة النسخ وعليه اكثر المشايخ هو ولا يخفى ان رد مثل المقبوض او مثل
المشروط من حقوق المتعاقدين فلو اعتبر الاقالة في هذا فسخا للزمه رد مثل المقبوض لا مثل المشروط

كالوكان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء وبما اذا اشترى من له دين مؤجل عبدا من مديونه بذلك
الدين ثم تقايلا لا يعود الاجل وكذا اذا وجد بالمشتري عيبا فرده بغير قضاء وبما ان اكفل بالدين
ثم ان المديون صالح مع رب الدين على عبد ثم تقايلا الصلح فانه لا يعود كفيلا فلم يجعل الاقالة
في حق الكفالة فسخا فيما بينهما لانها اعتبرت فسخا فيما بينهما لعادت الكفالة كما لو كان بالدين
رهن والرهن في يد الطالب بعد الصلح فتقايلا من غير شرط الرهن فانه يعود الرهن قلنا
بعض المشايخ قالوا في الجواب ان الاقالة فسخ فيما بين المتعاقدين معناه فيما هو من موجبات البيع
الذي جرى الاقالة فيه واحكامه وحكمه ما يثبت بنفس البيع او بعارض شرط بعقد حكمه فاما
ما ليس من احكامه وهو ما يحتاج في ثبوته الى شرط لا يقرر حكمه فالاقالة في حقه بيع في حقهما
ايضا وذلك ان الاقالة فسخ لفظا بيع معنى فاعتبرنا اللفظ فيما كان من احكام البيع من حقوقها
والمعنى فيما ليس من احكام وزيادة الجودة على المشروط ونقصانها عنه ليس من موجبات
البيع فانه لا يجب بالبيع وانما يثبت بعارض بان يزيد المشتري الجودة على المشروط ويبرئ البايع
عنها وكذا الاجل والكفالة ليسا من احكام البيع فاعتبرت الاقالة في حق هذه الاشيا بيعا فيما بينهما
ايضا واما الرهن فهو وان كان يثبت بالشرط الا انه شرع لاستيفاء حكم البيع وهو الثمن من
مال المشتري فامكن ان يعتبر حكما للبيع بخلاف الكفالة فانها شرعت للمطالبة من غير المشتري
والبيع لا يوجب ذلك فلا يعتبر حكما له هذا غاية ما قيل في الفرق من الرهن والكفالة ولكن الظاهر
ان سوال الكفالة غير وارد لان الكفيل بعاقد فلا يمكن ان يجعل اقالة الصلح فسخا في حقه
بل يجب ان يعتبر بيعا جديدا لانه ثالث واما الرهن فلا يتعلق بغيرهما فيكون فسخا في حقه ايضا
قوله بيع جديد في حق غيرهما **فان قيل** ذكر محمد رحمه الله انه لو ساوم رجلا بدار بالف درهم
فابى فقال اخر بعه بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة درهم من الثمن سوى الالف فباعه
منه ان البيع جائز وينقد المشتري الفا والكفيل خمسمائة فاذا نقد ذلك وقبض المشتري الدار
ثم تقايل المشتري مع البايع البيع ففي قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله للدار للبايع ويرد
الالف على المشتري والخمسمائة على الكفيل فاعتبر الاقالة فسخا في حق الكفيل وانه ثالث ولو اعتبر
بيعا جديدا في حقه لما وجب على البايع ان يرد الخمسمائة الى الكفيل كما لو اشترى البايع من
المشتري ثانيا **قلنا** ان الكفيل من تلك المسألة عاقد حكما لان الذي منه قد صحت والزيادة
لا اثبات صفة من صفات العقد والمثبت لاصل عاقد فكذا المثبت لوصفه ولان الاقالة فسخ في حق
العاقد فيما كان من حقوق العقد وايضا تعذر ان يجعل الذي سالمة للبايع اذ البيع
قد انفسخ في حقه وتعذر ان يجعل سالمة للمشتري ابطال الاقالة قلب البيع فانما يتوجب المشتري

بالاقالة علي البايع ما كان يستوجب البايع عند البيع عليه والبايع هنا بالبيع استوجب علي
المشتري الدراهم لا غير فكذا المشتري عند الاقالة لا يستوجب علي البايع الا الالف فبالضرورة جعلناها
للكفيل لانه احق الناس بها كذا ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي والعشرين من كتاب الكفالة
وفي الجوابين نظر اما في الاول فلانه لو كان الكفيل عاقدا حكما وكانت الاقالة فسخا في حقه
ايضا وجب ان لا يثبت له حق الشفعة بعد الاقالة لو كان شفيعا لتلك الدار وذا ممنوع وايضا
سلمنا انه عاقد الا انه عاقد لم يفسخ البيع بل هو ساكت فكيف يكون فسخا ارايت لو كان عاقدا
حقيقة اينفسخ العقد في حقه بلا فسخه لا فكذا اذا كان عاقدا حكما واما في الثاني فلانه كما
تعذرت جعل الزيادة للبايع من حيث ان البيع قد انفسخ في حقه تعذر جعله للكفيل
ايضا من حيث ان الاقالة بيع جديد في حق الثالث وكما ان الكفيل احق بالزيادة من حيث
انها كانت له فالبايع احق بها من حيث انها صارت له فاستويا وكونه **قوله** وكونه بيعا في
حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع **قلت** لو كان امرا ضروريا لما صح الاحتيال
في جعله بيعا عند تعذر كونه بيعا وقد احتال المصنف رحمه الله في جعله بيعا في اقالة السلم حيث قال
فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيا حتي يقبضه كله لانه اخذ
شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا
يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله هذا لفظه فانظر
انه كيف احتال في جعل الاقالة بيعا حيث جعل راس المال مبيعا لتصحيح كون الاقالة بيعا
في حق الثالث فلو كان امرا ضروريا لما احتيج الي الاحتيال في اثباته بعد ما تحقق مقتضي صيغته
علي الكمال وايضا لما كان كونه بيعا ضروريا لكان من لوازم الاقالة فاستحال التنافي بينهما اذ اللازم
مع الملزوم لا يتنافيان ابدا وتحقيقه ان الاقالة بيع وان كان لا يجتمع مع ذلك البيع لكونهما عبارة
من رفعين ورفع الشيء مع اثبات ذلك الشيء محال اما رفع الشيء مع اثبات غيره فلا يتنافيان
والاقالة رفع للعقد السابق واثبات آخر بينهما فلا يصح ان يراد بها اثبات العقد السابق لمكان
التضاد بينهما واما ثبوت بيع آخر فلا منافاة بينه وبين رفع العقد السابق فجاز ان يذكر الاقالة ويراد
ما يلازمه من العقد الآخر **قوله** لان الحط يجعل بازاء ما فات من العيب **فان قلت** كيف
يجعل المحطوط بازاء العيب والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن **قلت** ذكر في الكافي في فصل المتفرقات
ان الوصف لا قسط له من الثمن قبل القبض وصار ياخذ قسطا من الثمن اذا صار مقصودا بالامساك عنه
قبض المشتري حتي لو اشتري عبدا فوجد به عيبا فصالح من عيبه علي امة قبل القبض لم يكن له منه
عوضا من العيب بل زيادة في اصل المبيع حتي كان الثمن علي العبد والامة علي قدر قيمتها حتي لو

وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت الامة عوضا عن العيب
حتي لو وجد بها عيبا ردها بحصة العيب من الثمن هذا كلامه ثم يشكل بما ذكر في الكافي في باب
المرابحة من قوله لو اشتري امة فاعورت عنده او وطيها وهي ثيب باعها مرابحة بلا بيان لان جميع
ما يقابله الثمن قايم اذ الفايت وصف فلا يقابله شيء من الثمن اذا فات بلا صنع احد ومعنى
الامانة بالصدق وهو صادق اذ ابقي ما يقابله الثمن هذا كلامه فلم يجعل هنا بمقابلة الوصف شيا
من الثمن بعد القبض ايضا فالفرق بين مسئلة المرابحة ومسئلة الاقالة بالحط قبل من حيث انه لم
يجعل بمقابلة الوصف شيا من الثمن في المرابحة حتي جوزها بلا بيان وجعل شيا منه بمقابلة
الوصف في يد المشتري في مسئلة الاقالة مشكل **قوله** لان الاقالة لا يبطل بالشرط الفاسد الخ
وهذا يويد قول ابي حنيفة رض انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشروط الفاسدة كالبيع كذا
في الكافي **وفيه نظر** لان هذا انما يويد ان لو كان عدم بطلانها بالشروط الفاسدة
متفقا عليه وليس كذلك فقد ذكر الشارح ان هذا الذي ذكره انها لا يبطل بالشرط الفاسد
قول ابي حنيفة رض واما عند ابي يوسف رحمه فلما يبطل بها لانها عنده بيع فتفسد كسائر البياعات فكان
الاختلاف في بطلانها بالشرط مختلفا فيه بناء علي اختلافهم في انها بيع او فسخ فلا يكون عدم
بطلانها بالشروط الفاسدة عند ابي حنيفة رض بناء علي انها فسخ عنده مويدا **قوله** والاقالة
قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمه وكذا عند ابي يوسف رحمه في المنقول
لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع **قلت** ذكر في شرح الزيادات
انه لو تقايلا بطل البيع جاز بيعه لغير البايع من بايعه باقل مما اشتري منه قبل القبض كانت
الاقالة او بعده اما بعد القبض فلان الاقالة كالبيع الجديد وفي البيع الجديد البيع بالاقل جائز
وقبل القبض بيع ايضا لكنه فاسد فيوجب ملكا جديدا عند القبض فافاد جواز البيع فعلم
ان الاقالة قبل القبض ليس بفسخ من كل وجه بل هو بيع جديد في حق الثالث **قوله**
وهو قايم بالمبيع دون الثمن **فان قلت** من اين وقع هذا التفاوت بينهما وهما مالان يشترط
ذكرهما في انعقاد البيع علي السواء **قلت** لان للمبيع مزية فانه مال حقيقة وحكما والثمن
دين والدين مال حكما فلا بد من مزية وقد تعذر في حق الانعقاد لانه لا بد له من ثمن
ومثمن فاظهرناه في حق البقاء فجعلنا بقاء العقد مضافا الي قيام المبيع دون الثمن كذا
في الشرح **وفيه نظر** لان مزية المبيع علي الثمن قد ظهر في حق الانعقاد ايضا اذ البيع
لا ينعقد بدون ذكر المبيع اصلا وينعقد بدون ذكر الثمن وان كان فاسدا والمسئلة مذكورة
في كتاب الوصايا **باب المرابحة والتولية** **قوله** لو ملكه ملكا بالقيمة وهي مجهولة

قوله

تعرف بالحزر والظن وجهالة الثمن بمنع جواز العقد كذا في الحاشية واليه اشير في الشرح وفي الحاشية
الاخرى والاحتراز عن المجهول واجب لان مبناهما على الامانة وفيه شبهة الخيانة وفيه نظر لما
عرف انه لو ملك الثوب مثلا بميراث او هبة او وصية فقوم قيمته ثم باعه على القيمة جاز مع ان القيمة
تعرف بالحزر وقد صح المرابحة عليها وجوابه ان الامانة في بيع المشتري تولية او مرابحة لئلا يوليه
اولا يرابحه على اكثر مما قام عليه فلا يصح بخلاف الموروث او الموهوب فان الامانة فيه لئلا يرابح
على اكثر مما قوم المقوم فاذا رابح على ما قوم به كان امينا قوله ممن يملك ذلك البدل
الظاهر ان ضمير كان الى الذي يريد الشراء كائنا ممن يملك وقيل انه يتعلق بالمشتري وكانه
جعل المشتري بمعنى البائع بقرينة قوله وقد باعه وكان تامة اي لو وجد البائع ممن يملك الى اخره
قوله لانه يتقدم على الوفاء بما التزم وسوء المحافظة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة قوله
لانه ليس من ذوات الامثال وقسمته بازائه انما يتصور في ذوات الامثال والعرض ليس منها فلا
بل من اعتبار قيمته فيكون بيعا بذلك العرض وبغير قيمته قوله لان الصبغ واخواته يزيد في
العين فيجرى الى ان القصارة ايضا يزيد في العين وذلك فيما اذا قصره بما يتخذ من الحنطة ومن
النشاستة ونحوه ظاهر واما اذا قصره بنحو الحرض مما لا يبقي اثره في العين فينبغي ان يكون مما
يزيد في القيمة لانه لا يزيد في العين شيئا حتى لا يكون للقصار ان يحبسه للاجرة وجوابه ان
الامانة في بيع المشتري تولية او مرابحة ان لا يوليه ولا يرابحه على اكثر مما قام عليه وفي المرابحة
على قيمة الثمن شبهة المرابحة على اكثر مما قام عليه فلا يصح بخلاف الموروث فان الامانة ان
لا يرابح على اكثر ما قوم المقوم فاذا رابح على ما قومه به كان امينا قوله وبخلاف اجرة
التعلم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته وفيه بحث لان اجرة حمل الطعام يضم الى راس
المال لان الحمل يزيد في القيمة اذ هي تختلف باختلاف المكان مع ان ازدياد القيمة انما
يكون برغبات الناس لا بالحمل قوله لانه يتاكد بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على
عيب فان قلت ما تقول فيما اذا شرط البراءة من كل عيب او امتنع الرد بحدوث عيب اخر
في يد المشتري اجيب ان احتمال الرد لا ينقطع بشرط البراءة عن كل عيب لان الشافعي لا يجوزه
فيحتمل ان يرافع الى قاضي شافعي فيحكم بصحة الرد وفيما اذا حدث عيب في يد المشتري ان
كان يمتنع الرد فهو يرجع بالنقصان فاما اذا باع من بائعه فينقطع ولاية الرجوع ايضا فيحصل
التاكيد بشراء البائع لا لحدوث العيب في يدي المشتري ثم التحقيق ان الظهور على العيب ليس
بسبب متعين لرد العقد لجواز ان يبطل العقد بسبب اخر من الاسباب فيبطل الربح بتحريرينا
ذكر في المحيط بقوله انه لما باعه اولا وربح كان الربح على شرف السقوط بان يرد بالعيب او يبطل
العقد

العقد بسبب من الاسباب فلما اشتراه منه بعد ذلك تاكد الربح والتاكيد اثبات من وجه الى اخر ما ذكر
في المصنف ره ذكر الظهور على العيب على وجه التمثيل لا على انه سبب متعين بفسخ العقد او الكلام على
حذف المعطوف اي بالظهور على عيب او بسبب اخر كالتحالف والاقالة قوله فيصير كانه اشترى
خمسة وثوبا بعشرة فان قيل فينبغي ان لا يجوز الشراء بالعشرة فيما اذا باعه بالعشرين لانه يصير
كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا قلنا للتاكيد شبه بالايجاب في حق العباد لا
في حق الشرع وجواز المرابحة لمعنى يرجع الى العباد فيؤثر التاكيد فيه واما جواز البيع وعدمه
في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد الامام مولانا
حميد الدين ره كذا في الشرح ولكن هذا يخالف ما ذكر المصنف ره في باب الاحرام حيث قال اذا اصاب
محرم صيدا فقتله محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه اما الاخذ فلانه متعرض للصيد الامن
والقاتل مقرر لذلك كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فقد جعل للتاكيد حكم الايجاب في حق
الشرع لان ضمان الصيد على المحرم واجب لحق الشرع ثم قد يجاب بان هذه الشبهة مهملة في حق
الربوا بعد نقد الثمن اجماعا لان شراء ما باع باقل مما باع بعد نقد الثمن جائز اجماعا ولا اجماع
في عدم اعتبارها في حق المرابحة فبقي معتبرا قوله لان التاكيد حصل بفعل غيره وفيه بحث للقطع
بان احتمال الرد بالعيب على البائع لا ينقطع ببيع المشتري من غيره لجواز ان يرد المشتري الثاني الى المشتري
الاول بالعيب بقضاء القاضي ثم يرد المشتري الاول على بائعه ويرجع بالثمن فلا يكون التاكيد حاصلا بفعل
غيره بل بشراء البائع الاول تخلل هناك ثالث اولا لان التاكيد انما حصل بانقطاع احتمال الرد وهو
باق عند تخلل الثالث ايضا وانما ينقطع بشراء البائع الاول فيكون التاكيد بشرائه لا بتخلل الثالث
وغاية ما يمكن ان يقال تخلل الثالث ان كان لا يقطع احتمال الرد راسا لكن لا شك ان به
يتنزل شبهة سقوط الثمن الى شبهة الشبهة لاحتمال ان المشتري الثاني لا يرده على الاول بالعيب
ولو رده فالاول يحتمل ان لا يخاصم بائعه بالعيب ولا يرده اليه والنازل عن الشبهة غير معتبر قوله
فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح الذي هو حصة رب المال لانه لا يستفيد بهذا التصرف الا ولاية
التصرف وفيما وراء ذلك هو في حكم العدم واما الذي يخص المضارب فلا شبهة فيه اصلا ولقائل ان
يقول لما كان في هذا البيع شبهة العدم من حيث انه شراء ماله بماله وانه بيع الوكيل مال
الموكل من نفسه لا بد وان يتمكن شبهة عدم الربح في النصفين جميعا اذ الربح بناء على العقد
وكان ما يصيب المضارب من الربح كالتبرع من قبل رب المال فيجب ان يعتبر تبرعا في بيع المرابحة
الحاقا للشبهة بالحقيقة وجوابه سلمنا ان في نصيب المضارب شبهة التبرع لكن هذا تبرع يتوقف عليه
سلامة المبيع للمشتري فيلحق بالثمن قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان قيل

الاجل وصف يقال ثمن مؤجل وقد وجب بيان الاجل علي ما يأتي قلنا ان الاجل وان كان وصفا
لكن لا يقسط من الثمن علي ما يأتي كذا في الشرح ولكن ذكر المصنف في الكافي ان الاجل ليس بوصف للثمن
الثمن موجود بعد مضيه ولان الثمن حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان وصف الثمن لكان حق
البايع ولهذا اذا اختلفا في الاجل لا يتحالفان ولو اختلفا في وصف الثمن كالبخاري مثلا يتحالفان فلا اشكال
ثم هنا بحث وذلك لان الاوصاف يقابلها شي من الثمن بعد القبض وان كان لا يقابلها شي منه قبل
القبض الا يري انه لو قال البيع بخمسمائة بعد ما تعيب في يد المشتري وقد باعه بالف صحت الاقالة ويجعل
المحطوط بمقابلة الوصف اذ الاوصاف يقابلها شي من الثمن بعد القبض وبالجملة ان الوصف ان كان
يقابله شي من الثمن بعد القبض كما نص عليه في الكافي وجب ان لا يصح المرابحة بلا بيان اذا اعورت
الامة المشتراة عند المشتري والا وجب ان لا يصح الاقالة بعد التعيب باقل ما باع وقد صح والله اعلم بالصواب
قوله ولهذا فانه قبل التسليم لا يقسط شي من الثمن مشكل لما ذكر في الكافي ان الوصف لا يقسط
له من الثمن قبل القبض وهو ياخذ قسطا من الثمن اذا صار مقصودا بالاتلاف عند قبض المشتري
حتي لو اشتري عبدا فوجد به عيبا فصالح من عيبه علي امة قبل القبض لم تكن الامة عوضا عن العيب
بل زيادة في اصل المبيع حتي كان الثمن علي العبد والامة علي قدر قيمتيهما حتي لو وجد باحدهما عيبا
رده بحصته من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت الامة عوضا عن العيب حتي لو وجد بها عيبا
ردها بحصة العيب من الثمن فعلي هذا لا يصح قياس ما بعد القبض علي ما قبله قوله فعلم فان
شاء رده ان شاء قبل وذكر في المحيط ثم في الاجل المشروط اذا باعه من غير بيان وعلم به المشتري
فله الخيار ان شاء رضي به وان شاء امسكه ذكر المسألة في الاصل والجامع الصغير وهي رواية فيمن
اشتري شيا وصار مغبونا فيه غبنا فاحشا له ان يرد علي البايع بحكم الغبن اليه اشار محمد في
كتاب الصلح وكان القاضي علي النسفي يحكي عن استاذه انه كان يقول في المسألة روايتان عن
اصحابنا وكان يفتي برواية الرد رفقا بالناس فكان القاضي الامام صدر الاسلام ابو اليسر والامام
ركن الاسلام ابو بكر والقاضي الامام جمال الدين رحمهم الله يفتون ان البايع ان كان قال له
قيمة متاعي كذا او متاعي يساوي كذا فاشتري بناء علي ذلك ثم ظهر بخلافه كان له ان يرده بحكم
التغرير اما اذا لم يقل له ذلك فليس له الرد وغيرهم كانوا لا يفتون بالرد علي كل حال والصحيح
ان يفتي بالرد اذا وجد التغرير وبدونه لا يفتي كذا في الشرح وذكر المصنف سهو في باب دعوي الغلط
في القسمة انه لا معتبر بالغبن في البيع حيث قال ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوي
الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي هذا كلامه ومسألة المرابحة لا تصح
رواية لان الرد فيها باعتبار شبهة الخيانة لا باعتبار الغبن قوله لان للاجل شبها بالمبيع

الا يري انه يزاد في الثمن لاجل الاجل فان قلت قد يزاد في الثمن لاجل الوصف ايضا اجيب
بان الوصف وان زيد في الثمن لاجله الا انه لا يحتمل ان يجعل بمقابلته شي من الثمن لان الوصف
يتبع الذات فلو قسم الثمن عليهما لزاحم التبع الاصل والاجل ليس بوصف للمبيع فلو قسم الثمن عليه
وعلي المبيع لا يلزم مزاحمة التبع الاصل كذا ذكر في بعض الشروح وفيه نظر لان الثمن وان كان
لا يصح ان ينقسم علي الوصف لئلا يزاحم التبع الاصل فلا مانع من شبهة الانقسام باعتبار انه يزاد في
الثمن لاجل الوصف وذلك يكفي لعدم جواز المرابحة الا بالبيان الا يري انه لا يبيع بلا بيان الاجل مع ان
الثمن لا ينقسم علي المبيع والاجل جميعا بل الثمن بمقابلة المبيع وليس له بالنسبة الي الاجل الا شبهة الانقسام
حتي لو هلك المبيع في يد المشتري مرابحة ثم ظهر انه كان قد اشتراه مؤجلا لزمه الثمن بكماله ولا ينتقص بمقابلة
الاجل شي قوله ونظيره بيع الشي برقمه اذا علم في المجلس فان قلت ما وجه الفرق بين البيع بالرقم
وبيع الصبرة بالصبرة مجازفة من حيث انه لو اعلم بالرقم في المجلس ينقلب جايزا علي رواية الكتاب وان كيلتا
الصبرتان بعد ما بيعتا مجازفة فكانتا متساويتين انما لا ينقلب جايزا اذا كيلتا بعد الافتراق اما اذا كيلتا
في المجلس لم يجتمع لان احتمال الفضل لا يبقي بعد ظهور التساوي في المجلس اجيب بانه ذكر الشارح في
اول الصرف نقلا عن شرح الطحاوي ان العقد فيما اذا بيعت الصبرتان مجازفة فكيلتا فكانتا متساويتين
انما لا ينقلب جايزا اذا كيلتا بعد الافتراق اما اذا علم مساواتهما بالكيل في مجلس العقد يجوز
البيع فلا حاجة الي الفرق ولو سلم انه لا ينقلب جايزا مطلقا تمسكا باطلاق ما نقل الشارح
من المبسوط في باب الربوا بقوله وان تبايعا صبرة بصبرة وكيلتا بعد ذلك فكانتا متساويتين لم يجز
العقد فالفرق ان الفساد في البيع بالرقم انما هو باعتبار جهالة الثمن وهي ترتفع قبل تقرره بالعلم
في المجلس فينقلب جايزا اما الفساد في بيع المجازفة فباعتبار توهم الفضل والموهوم كالمتحقق فيما بني
علي الاحتياط فيصير كان الفضل كان متحققا ثم ارتفع بالكيل وبمثله لا ينقلب جايزا لما ان ازال
الدرهم بالدرهمين لا ينقلب جايزا لتمكن الفساد في صلب العقد كذا هنا فصل قوله
لان فيه غرر انفساخ العقد علي اعتبار الهلاك وفيه بحث اما اولا فلان القبض في البيع يتعجل
فيندر هلاكه قبله فلا يكون فيه غرر الانفساخ علي اعتبار الهلاك في مثل هذه المدة نادر فصار كالعقار
فان الهلاك في العقار نادر في ذاته وفي المنقول نادر في مثل هذه المدة الا يري انه لو
باع باناء بعينه لا يعرف مقداره يجوز لما ان التسليم يتعجل في البيع فيندر هلاكه قبله فلا يفضي الي
المنازعة علي اعتبار الهلاك فكما يجوز البيع باناء لا يعرف مقداره باعتبار ان التسليم يتعجل والهلاك
في مثل هذه المدة نادر ينبغي ان يجوز بيع المنقول قبل القبض بهذا الاعتبار ايضا وجوابه ان
النص وهو انه نهي عن بيع ما لم يقبض بعمومه يقتضي فساد بيع المنقول وغيره لكن خص عنه بيع العقار

لان الهلاك

صلى الله عليه السلام

هنا بان غرر الانفساخ فيما بعد القبض متوهم ايضا على تقدير ظهور الاستحقاق وبان العقاد بنفس
فيه انفساخ العقد بالرد بالعيب ولجاب من الاول بانا لو قلنا به لنم انسداد باب البيع اذ ما من
بيع الا وفيه غرر الانفساخ بظهور الاستحقاق وعن الثاني انه متى جاز فيه البيع يصير ملكا للمشتري
ومع لا يتمكن المشتري الاول من الرد فلا يتوهم الانفساخ به وجاز ان نقول في الجواب بان المفسد
من الغرر انما هو غرر الانفساخ لا غرر الفسخ والغرر على اعتبار الاستحقاق غرر الفسخ لان القضاء
باستحقاق المبيع من المشتري لا يوجب انفساخ العقد ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق الا ان
للمشتري ان يرافع الامر الى القاضي حتى يفسخه ويلزم الثمن على البائع او يصير حتى يجيزه المستحق
ففيه غرر الفسخ وهو غير مفسد اجماعا اذ البيع بشرط الخيار جائز بالاجماع وفيه غرر الفسخ وقد اجيب
في الحاشية بان الاستحقاق خلاف الاصل لان الاصل ان يتبع ملكه لا ملك غيره وهو ضعيف لما ان
عدم الهلاك ايضا اصل اذ الظاهر في كل ثابت بقاؤه **قوله** لان الهلاك في العقار نادر وما روي
ان النبي عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض خص عنه مواضع فيخص العقار بهذا الدليل ذكر في
المبسوط والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في المهر والصداق قبل القبض
فيجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت قبل القبض
والشفيع يتملك ببدل فلو كان قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لما ثبت حق الاخذ قبل القبض
كذا في الشرح **وفيه نظر** لما عرف ان الشفيع انما يتملك البقعة قبل القبض بطريق تحول
الصفقة من المشتري اليه فيصير هو كالمشتري من البائع ولهذا يرجع بالعهدة على البائع دون
المشتري فلم يكن من قبيل تملك العقار من المالك قبل قبضه من بائعه وهو ظاهر **قوله**
والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به وقد يشكل بان المصنف جعل مدار فساد
البيع قبل القبض على الغرر هنا وقد علل الشارح في غير موضع بيع المبيع قبل القبض
ولا غرر هناك منها ما ذكره في السلم حيث قال فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم
اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه هذا
كلامه ولا يخفى انه لا غرر في التصرف في راس المال بان اشترى به شيئا اما اذا كان من
الاثمان فظاهر لانها لا تتعين وكذا اذا كان عرضا لان الاقالة في السلم لا تحتمل الانفساخ
حتى يظهر انه تصرف في ملك غيره ومنها ما ذكره في الصرف فقال ولا يجوز التصرف في ثمن
الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع
في الثوب فاسد لان الثمن في باب الصرف مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز فقد علل فساد
بيع الثوب ببدل الصرف بانه بيع المبيع قبل القبض ولا غرر هنا اصلا لان الدراهم لا تتعين

وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد لاجماعنا على جواز التصرف قبل القبض والعام
الذي خص منه يجوز تخصيصه بالقياس على الفرد المخصوص بتعليل المخصوص وقد عللناه بعدم الغرر
فخصصنا العقار ايضا اذ لا غرر فيه اذ الغرر انما يلزم على اعتبار الهلاك وهو في العقار نادر لا سيما
في مدة التسليم بحكم البيع فصار كانه لا يحتمل الهلاك اصلا فيكون بيعه قبل القبض كبيع الصداق قبله
واما المنقول فلا يمكن قياسه على الصداق ونحوه لان الهلاك فيه ان كان يندر في مدة التسليم فهو لا يندر
في ذاته فلا يكون في معنى الصداق لا غرر فيه بوجه فلو خصصناه بالراي لكان التخصيص لا بالقياس على
الفرد المخصوص وذلك باطل فيبقى تحت عموم النص بخلاف البيع بانار لا يعرف مقداره فان قوله تعالى
احل الله البيع بعمومه يقتضي جواز البيع لكنا خصصنا منه بيعا يفضي الى المنازعة كالبيع الى الاجال المجهولة
او بثمن مجهول والبيع بانار لا يعرف مقداره لا يفضي الى المنازعة لان الهلاك فيه نادر فلا يمكن قياسه
على ما يفضي الى المنازعة فبقي داخلا في عموم النص واما ثانيا فلانه لو اشترى عينا من رجل بدراهم
وتقابضا ثم تقايلا ثم باعه من المشتري قبل القبض بحكم الاقالة جاز مع ان فيه غرر الانفساخ لجواز
ان ينفسخ الاقالة بهلاك المبيع قبل قبضه بحكم الشراء الثاني اذ لا بد من تجديد القبض حيث لا ينوب
قبض المشتري عن قبض الشراء الثاني لان المبيع في يده بعد الاقالة مضمون بغيره وهو الثمن فلا
ينوب عن قبض الشراء بخلاف قبض الغصب والحاصل ان كل قبض لا يكون مضمونا او كان مضمونا
بغيره لا ينوب عن قبض الشراء وكل قبض كان مضمونا بنفسه وهو القيمة ينوب عنه هكذا ذكر في الكافي
في باب الاقالة ومتفرقات البيوع ايضا واذا كان المشتري محتاجا الى تجديد القبض فيما اذا
اشتري بعد الاقالة وجب ان لا يجوز شراؤه لما فيه من غرر الانفساخ على اعتبار الهلاك قبل
تجديد القبض **فان قلت** ذكر في حاشية الكنز في اول الاقالة ان المشتري بعد الاقالة قبل
التسليم صح ولا يحتاج الى تجديد القبض **قلنا** هو سهو من الكاتب لما ذكرنا من الكافي لكن
القبض المضمون بغيره لا ينوب عن قبض الشراء والصواب ويحتاج المشتري الى تجديد القبض
وهكذا ذكر في بعض النسخ وفي الذخيرة اشترى عبدا فتقابضا ثم تقايلا ثم المشتري اشتراه ثانيا
من البائع قبل ان يسلمه اليه حتى صح الشراء لا يصير المشتري قابضا بنفس الشراء
حتى لو هلك قبل ان يجدد المشتري قبضا يهلك بالعقد الاول ويبطل الاقالة والبيع
الثاني لان العين بعد الاقالة مضمون بالثمن حتى لو هلك في يد المشتري لزمه الثمن ومثل
هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء هذا كلامه ثم ذكر في المنتقى رواية مجهولة رجل اشترى
من رجل عبدا وقبض ثم اقاله البيع ثم باعه من الذي هو في يديه قبل ان يقبض فالبيع باطل
ولكن هذا خلاف المختار من الرواية التي اشار اليه محمد في بيوع الجامع **ثم اعترض** الشارح

في البيع بل ينصرف الى مطلقها **قوله** عملا بدلالة الجواز الاضافة للجنس اي بدليل الجواز ومن القياس
على ما يجوز التصرف فيه قبل قبض من الصداق ونحوه **قوله** ولو سلم انه لا يجوز بلا خلاف ومن الصحيح
فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر فلا يجوز اجارتها قبل القبض **وفيه بحث** لان
الاجارة المانع فلما تخلو عن غرر الانفساخ بهلاك المنافع فلو اعتبر هذا الغرر لانسد بابها يوضحه
ان المفسد هو غرر الانفساخ بمعنى ان يظهر في الاخرة انه باع ملك غيره والمنافع وان كان لا
يتوهم هلاكها فبالهلاك لا يظهر انه اجر ملك غيره بل ينفسخ العقد واحتمال الانفساخ بالهلاك لا يوجب
بطلان التصرف كما لو اجر ما في يده من ملكه الخاص فانه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولكن لا
يظهر هنالك بالهلاك انه تصرف في ملك غيره لا بفعل ما باشره من البيع والاجارة نظيره ان اجارة العقار
قبل القبض كاجارة المنقول وبيعه بعد القبض هذا وقد ذكر في بعض الحواشي منقولا عن نسخة
خراسان ان قوله ولو سلم الى اخره ليس من املاء المصنف بل المصنف ترك بياضا في هذا
الموضع ولم يكتب فيه شيئا فكتب ابنه جلال الدين ولو سلم الى اخره وكان وجه ترك المصنف هذا
القول في الكتاب هو ما ذكرنا من البحث والله اعلم **قوله** ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا
موازنة قال الشارح قيد بالاشتراء لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او وصية جاز
له ان يتصرف قبل القبض وقبل الكيل وقيد بكونه مكايلة او موازنة لانه اذا باع المكيل
او الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل بالبيع او بالاكل او غيرهما **قلت**
كانه اراد بقوله قبل القبض قبل تمام القبض اذ القبض في المكيلات انما يتم بالكيل وقوله
وقبل الكيل عطف تفسيري والا فلا يتصور التصرف فيما ملك بالهبة قبل القبض اذ الهبة لا يملك قبله
ولان التصرف في المبيع قبل القبض غير جائز فكيف يجوز التصرف فيه بالبيع قبل القبض **قوله**
والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه **فان قلت** لو استقرض حنطة على انها عشرة
اقفزة كان له ان يتصرف فيها قبل الكيل مع ان الزيادة هناك ايضا للمقرض والتصرف في مال
الغير حرام **اجيب** بان القرض عقد مساهلة فالتفاوت اليسير فيه لا يفضي الى المنازعة
فجوزنا التصرف فيه قبل الكيل بخلاف البيع فانه عقد مضايقة فافترقا **قوله** بخلاف ما اذا
باعه مجازفة لان الزيادة له **فان قلت** كيف يتصور الزيادة في فصل المجازفة وهي انما
يتصور على مقدار معلوم **اجيب** بان كون الزيادة للمشتري فيما يتصور الزيادة للمشتري يستلزم
كون الكل له فذكر الملزوم واراد اللازم فكانه قال لان الكل له فلا يحتاج الى الكيل لرد
الزيادة الى البائع وفي الكافي وتصور الزيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام فاكتاله ثم
باعه مجازفة واكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري **قوله** للزام المبيع

صار معلوما بكيل واحد ويقال انه يصير معلوما بكيل البائع بعد البيع يصير معلوما بالكيل قبل البيع
بحضرة المشتري ايضا وقيل مراده لا معتبر بكيل البائع قبل البيع لانه ليس صاع البائع وبالجملة ان صاع
البائع انما يشترط لقطع وهم الزيادة وانه كما ينقطع بكيله بعد البيع ~~ينقطع بكيله بعد البيع~~ ينقطع بكيله قبل
البيع ايضا والله اعلم الا ان يقال انما لا يكتفي بالكيل قبل البيع لان البيع ما لم يتحقق فالمشتري ربما لا يهتم
فيه والبائع ربما يساهل في الكيل فلا ينقطع وهم الزيادة بالكلية بخلاف ما بعد البيع اذ الكيل حينئذ يكون
باهتمام الطرفين عادة فينقطع وهم الزيادة بالكلية **قوله** ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين بان
اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه كرا من رجل وامر رب السلم ان يقبضه له ثم لنفسه فعليه
ان يكيله له ثم لنفسه لاجتماع الصفقتين احدهما بين المسلم اليه وبائع الكر والثاني بينه وبين رب
السلم ولا شك في بعد هذا المحمل والاولى ان نحمل الحديث على جريان الصاعين بينهما حقيقة او
حكما والصاع الحاصل بكيل البائع بعد البيع بحضرة المشتري لما كان باهتمامهما عادة جعل كانه
وجد منهما فتحقق صاعان حكما **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز وكذلك قبل الكيل
والوزن فيما يكال ويوزن سواء كان الثمن مما يتعين او لا يتعين من المكيلات والموزونات
حتى لو باع شيئا بمكيل او موزون على انه كر فقبضه من غير كيل جاز ان يتصرف فيه قبل الكيل لان
التصرف في الثمن قبل القبض جائز ففيما قبل الكيل اولى كذا في الشرح وذكر في بعض كتب الفقه
ان الثمن اذا كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا قال ابو يوسف لا يتصرف فيه حتى يزنه
او يكيله في المجلس وكان وجهه ان الزيادة في المكيل والموزون اذا جعلا ثمنين مكايلة
او موازنة للمشتري لما عرف ان القدر اصل وليس بوصف فيحرم التصرف للبائع قبل الكيل
او الوزن لاحتمال اختلاط الزيادة التي هي حق المشتري كما حرم التصرف في المكيل والموزون
المبيعين مكايلة او موازنة لتوهم اختلاط الزيادة التي هي حق البائع وما ذكر من ان
التصرف في الثمن قبل القبض جائز ففي ما قبل الكيل اولى **قلنا** معناه ان كانت
لا يوجب الحرمة فاذكرنا ان الزيادة في المقدرات للمالك يوجبها لا محالة احترازا عن
التصرف في خالص حق الغير **قوله** وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق
بل على اعتبار ابتداء الصلة الا يرى ان الزيادة في الصداق لا يلتحق باصل العقد حتى لا
يتنصف بالطلاق قبل الدخول وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به
من بعد الفريضة وذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة كحكم المفروض في العقد
الا انه قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما تاكد في اصل النكاح
بالنص وفيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل كذا في الشرح وذكر الشارح في النكاح

نقلاعن الامام ونزوه الجامع ان المعنى في عدم الالتحاق بالنكاح والالتحاق بغيره باصل العقد
ان النكاح ليس بعقد مغابنة ولا مرابحة فلا يقع الحاجة على دفع الغبن فلا يلتحق باصله
بخلاف البيع فانه عقد مغابنة ومرابحة فيحتاج الى دفع الغبن ولا ذلك الا بان يلتحق الحط باصل
العقد هذا لفظه وهذا المعنى يقتضي ان لا يلتحق الحط والزيادة باصل النكاح في جميع الاحكام
وايضا الحط لا يلتحق باصل النكاح حتى لو حطت الخمسة لم يكمل لها عشرة اعتبارا بالابتداء ولو التحق
لكمل ولو حطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم يتنصف الباقي اعتبارا بالابتداء فعلم ان الحط
غير ملتحق باصل النكاح والحط والزيادة لا يفترقان في حكم الالتحاق **قوله** ثم اذا صح يلتحق
باصل العقد **فان قلت** الالتحاق بطريق الاستناد وما هذا شانه يثبت ثم يستند وقد تعذر
الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه **قلت** يفسخ البيع في حق تصحيح الزيادة كذا في الشاهان
وفيه نظر لانه لو انفسخ في حق تصحيح الزيادة لصحت الزيادة على سبيل الاقتصار اذ لا ضرورة
الى الاستناد وقد قال الالتحاق هنا بطريق الاستناد ولانه ذكر في الكتاب ان الزيادة تغيير للعقد
من وصف مشروع فلو كان تصحيح الزيادة بفسخ العقد لكانت الزيادة ابطالا للعقد الاول بانشاء
عقد اخر لا تغييرا له من وصف الى وصف ولكان الزيادة من الاجنبي جائزة ولا يتمكن من فسخ العقد
وايضا لو اشترى عبدا فقبضه ثم باعه من اخر بمائة دينار وتقابضا ثم المشتري الاخر زاد في الثمن
خمسين دينارا ودفع الزيادة الى البايع ثم وجد بالعبد عيبا فرده بالقضاء على بايعه كان للمشتري
الاول ان يرده على بايعه لان المبيع عاد الى قديم ملكه وان كان المشتري الاخر لم يرده في الثمن
ولكن جدد العقد بالفي درهم صح وانتقض البيع الاول بلا اقتضاء كما لو تقايلا ثم تعاقدا فان
وجد المشتري الاخر بالعبد عيبا فرده لم يكن لبايعه ان يرده على بايعه الاول لان بهذا الرد لا
يعود اليه قديم ملكه بحكم العقد الاول لما ان الاقالة عقد جديد في حق الثالث والبايع الاول
ثالثهما فصار في حقه كان المشتري الاول اشتراه ثانيا من الاخر فلم يعد الى المشتري الاول بالرد
بالعيب الملك المستفاد من جهة البايع الاول بخلاف الزيادة لانها لا يوجب فسخ العقد الاول
على اصح الاقوال لان الزيادة تصرف في وصف العقد والتصرف في وصف الشيء تقرير لاصله
فعاد الى المشتري الاول قديم ملكه كذا في المحيط فلو كانت الزيادة فسخا كتجديد العقد لكان الجواب
فيهما واحدا وبالجملة القول بان الزيادة فسخ قول غير صحيح لا يكاد يستقيم ما في الكتاب بالتزامه
على ماذكرنا فالاولى ان يقال عوضية ملكه انما يبطل اذا لم يتضمن فايدة اما اذا تضمنت فلا يبطل
بالنظر الى حصول تلك الفايدة كما لو اشترى عبده مع عبد غيره يدخل عبده في الشرى ايضا لما فيه من فايدة تقسيم
الثمن عليهما وههنا ان كان يلزم ان يكون ملك الشخص عوض ملكه بثبوت العوضية للحال فهو

يتضمن فايدة الاستناد باصل العقد فلا بد من اثباته تحصيلا لهذه الفايدة ولا يظهر ثبوت العوضية
للحال الا في حق الاستناد كما لا يظهر دخول عبده في الشرى الا في حق تقسيم الثمن **قوله** بخلاف حط
الكل لانه تبديل للاصل لانه يصير هبة لا بوصفه فلا يلتحق به ولانه لو التحق باصل العقد يفسد العقد
لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغييرا للعقد من وصف مشروع الى وصف غير مشروع كذا في الكافي
وفيه نظر لانه ذكر في كتاب الصرف انه لو باع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم
زاد في الثمن درهما صحت الزيادة وكذا لو حط عن الثمن درهما صح الحط وفسد الصرف عند ابي حنيفة
ح لانهما يملكان ابطال العقد بالفسخ فاولى ان يملكا تغييره من وصف الصحة الى وصف الفساد
لان ابطال الاصل اهون من ابطال الوصف وعلى هذا لو باع عبدا بالف درهم ثم زاد في الثمن رطلا
من خمر هذا كلامه فالعاقدان ان لم يملكا تغييره من وصف مشروع الى غير مشروع كما اشار اليه في
المرابحة وجب ان لا يصح الزيادة والحط في الصرف على اعتبار الالتحاق لانه تغيير من وصف مشروع
الى غير مشروع وان ملكا ذلك كما اشار اليه في الصرف وجب ان يصح حط الكل على اعتبار الالتحاق
لانه تغيير من وصف الصحة الى وصف الفساد كما في الصرف لانه يبقى بيعا بلا ثمن وانه فاسد لا باطل
الا ان يحمل التعليل الثاني على تخريج ابي يوسف ومحمد فان ابا يوسف رح لا يصحح الزيادة والحط في
الصرف ويبقي العقد الاول على الصحة لان في تصحيحهما ابطالهما فيبطلان وقال محمد لا يصح الزيادة لما
ذكره ويصح الحط ولا يفسد الصرف لانه لا يلتحق باصل العقد بل يصير هبة مبتدأة والله اعلم **قوله**
وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه جواب عن تعليل زفر والشافعي رح ان في
الزيادة يصير ملكه عوض ملكه وذكر في المبسوط واما قوله انه يلتزم العوض عن ملكه فقلنا قيام العقد
بقيام المعقود عليه وانه قايم على وجه لا اعتياض عنه فيصح التزام العوض بمقابلته ولانه تبع والعوض
بمقابلة الاصل دون التبع كما في اطراف الحيوان **فان قلت** الوجه الثاني يقتضي ان يصح الزيادة
بعد هلاك المبيع لان الزيادة لما لم يقابلها العوض لكونه وصفا وتابعا فبقاء المبيع على حالة يصح الاعتياض
عنه وعلم بقاره كذلك في تصحيح الزيادة سواء **اجيب** بان هذا الوجه بناء على الرواية التي لا يشترط
فيها لزيادة الثمن قيام المعقود عليه ثم ههنا بحث وذلك انه ذكر في وكالة الاصل الوكيل بشرى شيء
بعينه بالف اذا اشترى بالف ومائة ثم حط البايع المائة عن المشتري فالعبد يكون للوكيل دون الموكل
كذا في الذخيرة فلو كان الحط يلتحق باصل العقد لكان العبد للموكل كما لو اشتراه بالف ابتداء **وجوابه**
ان الوكيل لما اشترى بالف ومائة فقد خالف الموكل فوقع العقد للوكيل والعقد الواقع لانسان لا يتحول
الى غيره فالحط وان كان يلتحق اصل العقد ولكن بعد وقوعه للوكيل وبعد الوقوع له لا يقبل
التحول بخلاف ما لو اشترى ابتداء بالف لانه يقع للامر لعدم المخالفة **قوله** ثم الزيادة لا يصح الزيادة

في الثمن اما الزيادة في المبيع فصحيحة بعد هلاك المبيع لانها تثبت بمقابلة الثمن وانه قائم بخلاف الزيادة
في الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وما بقي **قوله** لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية الخ وفي الكافي
ان الزيادة انما تصح اذا كان المبيع محلا للعقد لان الزيادة تغيير للعقد من وصف الى وصف فيستدعي قيام
العقد وقيامه بقيام المعقود عليه فلو اجر المشتري او رهن او ذبح او خاط او اتخذ سيفا او قطعت يده واخذ ارشها
صحت الزيادة لقيام المعقود عليه الا يرى انه لو باعه من المرتهن والمستاجر او باعه بعد الذبح والخياطة وغيرها
يصح ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد او مات او قتل او وهب او باعه او طحن او نسج او تخمر او اسلم
مشتري الخمر لا يصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب
احق بها بخلاف الذبح هذا كلامه وهو مشكل لما ذكر في باب الاستحقاق حيث قال اشترى ثوبا او غصبه
وخاطه قميصا او برا فطحنه او شاة فشواها فاستحق لا يرجع بثمنه ولا يبرأ الغاصب بل للمالك تضمينه لان
الاستحقاق ما ورد على المبيع وانما ورد على غيره والاستحقاق الوارد على غير المبيع لا يوجب الرجوع
للمشتري على البائع بالثمن ولو لم يخط ولم يشو رجع بالثمن ويبرئ الغاصب لبقاء الاسم هذا لفظه فقد
سوى بين الطحن والخياطة في هذه المسئلة وفرق بينهما في تلك فلا بد من بيان الفرق والفرق
ان المانع من صحة الزيادة هلاك المبيع وبالطحن يهلك المبيع وهي الحنطة وبالخياطة لا يهلك لان
المبيع هو الثوب وبعد الخياطة الثوب باق واما المانع من الرجوع على البائع بالثمن حدوث ما يمنع
الاستحقاق من الاصل والخياطة مع الطحن يستويان في هذا المعنى هكذا ذكر في المحيط ثم قوله في
الكافي لان الاستحقاق ما ورد على المبيع بعد الخياطة يوجب هلاك المبيع فيجب ان لا يصح الزيادة
عليه الا ان يقال معنى قوله ان الاستحقاق ما ورد على المبيع انه ما ورد على صفة وقع البيع عليه بل
ورد الاستحقاق عليه بعد حدوث معنى يمنع ورود الاستحقاق عليه من الاصل لان الاستحقاق
لما ورد على القميص مثلا يكون مقتصرا على صاحب القميص لان من ضرورة استحقاق القميص
ان يكون الاستحقاق بملك حدث على ملك المشتري فيكون ما ذكر في الكافي موافقا لما ذكر في المحيط
قوله الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا يشكل بان الابراء اسقاط الدين وقد ذكر المصنف رحمه الله
في اول كتاب الماذون ان الاسقاطات لا تتوقت وذكر بعض الشارحين في اثبات تاجيل الدين
تاخيرا للمطالبة لا اسقاط والله اعلم ثم لا ملازمة بين ملك الشيء مطلقا وملكه موقتا فان التصرفات
التي هي من الاسقاطات كالطلاق والعتاق واذن العبد بالتجارة يملك مطلقة لا موقتة فلا
يصح الاستدلال بملك الابراء مطلقا على ملكه موقتا **قوله** ومعاوضة انتهاء **واعترض** بان
اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه ولو كانت معاوضة انتهاء للزمته كما لو كفل احدهما بالمال
على اجنبي بامره يلزم صاحبه لان الكفالة بالامر معاوضة انتهاء وان كانت تبرعا ابتداء وقد

حاشية: قال ... لا ... الشرع ... اسقاط ... اي ... التاجيل ... حتى لو ادى ... كان ... اذ ... محمد ... لا تبرعت

فرق المصنف رحمه الله بين الاقراض والكفالة في كتاب الشركة بان الكفالة معاوضة بقاء ولزم صاحبه بلا
البقاء فكان في معنى التجارة فاخذ صاحبه به واما الاقراض فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم
البدل فلا يتحقق معاوضة فهذا يتعرض الفرض عارية ابتداء وبقاء وليس بمعاوضة اصلا اذ لو كان
في معنى المعاوضة بقاء لم يتم الفرق المذكور والجواب ان في لزوم اقراض احد المتفاوضين
صاحبه بالحق روايتين عن ابي حنيفة رضه قلنا انه يمنع ثم لا بحنيفة رضه في القرض طريقان
احدهما ما ذكره هنا انه عارية ابتداء معاوضة انتهاء وعلى هذا يلزم الاقراض في المفاوضة لصاحبه فقد
ذكر في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة رضه لانه معاوضة وعندهما
لا يلزمه لانه تبرع والثاني انه عارية ابتداء وبقاء كما هو المذكور في كتاب الشركة وعلى هذا لا
يلزم اقراض احد المتفاوضين صاحبه فلا اشكال ولا مخالفة **باب الربوا** **قوله**
ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين **فان قلت** قوله عليه لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء
يقتضي حرمة بيع الطعام في جميع الاحوال سوى حال المساواة فينبغي ان لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين
او بحفنة لعدم تحقق المساواة اذ المستوي الشرعي هو الكيل وما دون نصف الصاع لا يدخل تحت الكيل
قلت قال بعض المحققين ان المراد منه ما صار متقوما الا يرى ان الحبة لا يبيعها احد ولو باعها
لم يجز لانها ليست بمتقومة ولا يعرف مالية الطعام الا بالكيل من صفة الكيل بمقتضى النص كانه قيل
لا تبيعوا الطعام المكيل بالطعام المكيل الا سواء بسواء فلا يتناول ما دون نصف الصاع هذا كلامه وكلا
يقال ان ما دون نصف الصاع مضمون بالقيمة بالاتلاف ولو لم يكن متقوما لما كان مضمونا اذ الضمان
يدور مع التقوم وجودا وعدما لانه لم يدع ان ما دون الكيل غير متقوم بل ادعى ان تقوم الطعام لم
يتعارف الا بالكيل حيث قال ولا يعرف مالية الطعام الا بالكيل اي لا يتعارف ماليته الا به ولم يقل لا مالية
للطعام الا بالكيل فينصرف اللفظ على الاطلاق الى التقوم المتعارف وهو التقوم بالكيل اما الضمان
فيستدعي نفس التقوم لا التقوم المتعارف وانه موجود فيما دون الكيل اما اللفظ فينصرف الى المتعارف
ثم يشكل بان التقوم لو كان منصرفا لانصرف الى المتعارف ولكنه ثبت مقتضى ضرورة ان
البيع يستدعيه والضرورة ترتفع بتقدير نفس التقوم اما المتعارف فزائد على قدر الضرورة
وقد يجاب ايضا بان المستثنى في النص حال المساواة على التفريغ فلا بد في المستثنى المفرغ
من تقدير المستثنى منه عاما من جنس المستثنى لا اقرب فلا اقرب والاحوال المتقاربة من حال
المساواة هي التي يتحقق فيما يدخل في الكيل اما حالة القلة فلا يقاربه في الجنسية فوجب
تقدير الاحوال التي يتحقق في الكثير لئلا يبيعوا في حال من الاحوال المتحققة في الكثير
الا حالة المساواة فلا يدخل القليل تحت الحرمة على انا لو جعلنا النص عاما في القليل لكان

التقدير الا تبيعوا في حالة القلة ولا في حال الكثرة فلم يصح حمله استثناء حال المساواة لان
اللفظ لم يكن متناولا لحال المساواة لا بضرورة تناوله حالة الكثرة وما يدخل في الكلام
ضرورة لا يستثنى لانه تصرف في اللفظ فلا بد وان يتناوله اللفظ ولئن عورض بانه استثناء
من الطعام معناه لا تبيعوا الطعام بالطعام الا طعاما مستويا بطعام مستو قلنا في هذا التقدير
حذف ومجاز وفي تقديرنا ليس الا حذف المستثنى منه ولئن قال في تقديركم الغاء معنى الباء في
قوله بسواء اذ لا معنى له ح قلنا لو سلم فالمتعارف في مثل هذا الكلام مراد ارادة الحال
والعرف الملك سلمنا جميع ذلك فلا شك ان تقديرنا محتمل ايضا ولما احتمل واحتمل لم يثبت
حرمة بيع القليل بهذا النص فبقي داخلا في عموم قوله تعالى واحل الله البيع والله اعلم
قوله وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة يعني اذا بيع نصف الكيل بما دون الكيل
من جنسه فان فضل احدهما على الاخر فهو في حكم الحفنة بالحفنتين لان ما دون نصف الكيل
لا يكال بالكيل في البياعات فلا يكون مكيلا ولهذا المعنى يكون مضمونا في الاتلاف بالقيمة كذا في
الشاهان وقال الشارح ان هنا دقيقة وهي ان الحنطة وسائر المكيلات انما يجوز بيعها بما دون
نصف صاع بجنسها من غير اعتبار التسوية فيما اذا كان كل من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع
اما اذا كان احدهما لا يبلغ نصف الصاع والاخر يبلغ نصف الصاع او اكثر فبيع احدهما بالاخر
لا يجوز نص عليه في المبسوط وقال لو باع حفنة بقفيز لا يجوز ثم لفظه قلت ذكر في المحيط
ما يدل على ان احد البدلين اذا كان لا يبلغ نصف الصاع والاخر يبلغ يجوز البيع حيث قال وذكر
شمس الائمة السرخسي ان ادنى ما يجري فيه الربا نصف صاع وذلك مدان حتى لو باع مدين
من الحنطة بثلثة امناء منها فصاعدا لا يجوز واذا باع منوين من الحنطة بمنوين منها يجوز وكذا لو
باع نصف من من الحنطة بمنوين منها فصاعدا يجوز فعلم ان اعتبار التسوية انما يجب اذا كان كل من
البدلين يبلغ نصف الصاع وهذا من المؤلف لقوله عليه السلام مثلا بمثل والفضل ربا اذ المراد المماثلة
في القدر الشرعي فيكون المراد بالفضل من الفضل في القدر لان فضل احدهما على الاخر يقتضي
مساواة بينهما على تقدير عدم الفضل اذ لا يقال فلان افضل منه في العلم الا اذا كان بينهما مساواة
في نوع من العلم وفضل احد البدلين اذا كان الاخر لا يبلغ نصف الصاع ليس بفضل عليه في القدر
الشرعي وهو الكيل لان الكيل لا يتحقق في البدل الاخر فلا يكون حراما قوله وحرمة النساء
باحدهما لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وهي بانفرادها تحرم النساء كذا في الشرح
وفيه نظر لان بيع العبد بعبد مؤجلا انما لا يجوز لفوات شرط السلم وهو كون المسلم فيه مما يضبط
بالوصف بان يكون من الاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب لا للزوم

النساء باعتبار اتحاد الجنس كيف والجيد كالجنس المختلفة من حيث ان التفاوت في الادمي
فاحش لتفاوت المعاني الباطنة حتى لا يتم الدقيق فيه حج ولو كان متحد الجنس لجازت قسمة
الجمع فيها قوله وحقيقة الفضل فيه غير مانع حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى والجواب
ان نقود ربا النساء اعم بالاجماع حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربا النقد فيهما
كذا في الشاهان وهكذا ذكر الشارح نقلا عن المبسوط فقال ولا يستقيم اعتبار النساء بربا الفضل لاتفاقنا
على ان ربا النساء اعم حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربا الفضل قلت
ذكر الشارح بعد نقلا عن الايضاح ان الشافعي ينكر حرمة النساء في المطعوم ويقول التقابض في
بيع المطعوم شرط جواز العقد فيتعلم الجواز لانعدام التقابض لا لكونه نسيئا فعلى هذا لا يكون ربا
النساء اعم فلا يكون جوابا عن الخصم قوله والنقد اوجب فضلا في المالية فيتحقق شبهة
الربا اعلم ان علة الربا ذات وصفين ولها حكمان حرمة حقيقة الفضل وحرمة شبهة الفضل
وهي نساء احد البدلين عند نقد الاخر فاذا وجد احد وصفي علة الربا كانت له شبهة العلة
فيثبت شبهة الفضل وهي حرمة نقد احد البدلين عند نساء الاخر وفاقا بين العلة وحكمها لان
عند اجتماع وصفي علة الربا كانت العلة حقيقة فيثبت به حرمة الفضل وشبهته فعند وجود احدهما
وجبت شبهة الفضل للمناسبة اذ لو انعكس بان يثبت حرمة حقيقة الفضل عند وجود شبهة العلة
بربوا الحكم على العلة فلا يبقى المناسبة بين العلة وحكمها كذا في الشرح ولقائل ان يقول حقيقة الفضل
لا يتصور الا عند تحقق التسوية صورة ومعنى وما ذلك الا عند وجود القدر المسوي للصورة والجنس
المسوي للمعنى فعند فقد احدهما ووجود الاخر لا يثبت الا شبهة الفضل نظرا الى اتحاد الجنس او القدر
فينبغي ان يثبت حرمة الفضل عند نقد كلمة البدلين ايضا كما يثبت عند نقد احدهما ونساء
الاخر اذ الفضل في الحالين ثابت شبهة لا حقيقة وللاحد وصفي علة الربا تاثير في حرمة الفضل
على ما قدره الشارح الا ان يقال جوزنا البيع عند نقد البدلين المتحدين قدرا او جنسا بقوله عليه
السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكونا يدا بيد قوله فاذا اختلفا صورة
ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قلت
وهذا يشكل بما اذا اجر الدار بالحانوت فانه لا يجوز مع انهما مختلفان جنسا لشبهة المجانسة
اذ المقصود من الكل اصل السكنى هكذا علله المصنف في كتاب القسمة ووجه الاشكال
ان الاتفاق في اصل الوزن مع اختلاف صفته لما لم يحرم النساء فاختلاف جنس المنفعة
بين الدار والحانوت مع شبهة الاتحاد اولى ان لا يحرم وايضا شبهة الشبهة انما لا يعتبر اذا لم
يكن حرمة الشبهة منصوصة اما اذا كانت حرمة الشبهة منصوصة فشبهة الشبهة حينئذ كالشبهة الا يرى

ان شرا، ما باع باقل مما باع لما حرم بالنص حرم ما فيه شبهته وان كانت حرمته معللة بشبهة الربوا
وله غير نظير قوله ولو باع بالنقود الي باع الزعفران ونحوه بالنقود الي بالدراهم والدنانير
موازنة بشرط الوزن فيهما وقبضها الي النقود صح التصرف فيها الي في النقود قبل الوزن
لانه ثمن والتصرف في الثمن قبل القبض جايز فقبل الوزن اولي وفي الزعفران ونحوه لا
يجوز التصرف قبل الوزن لانه مبيع وقد نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتي
يجري فيه صاعان والوزني كالكيلي والنص الوارد في المكيل وارد في الموزون قوله
ولانه اذا لم يقبض يعاقب القبض وللنقود حصة فيتحقق شبهة الربوا هذا دليل من الشافعي
علي زعمنا ولا نحن لا نري حرمة النساء علي ما ذكرنا من الايضاح قوله ومعني قوله يدا بيد عينا
بعين كذا رواه عبادة واعترض بانه جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما من رواية مسلم الذهب
بالذهب ربوا الا هاء وهاء والورق بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا الا هاء وهاء والشعير
بالشعير ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء معناه خذ فجعل هاء وهاء بمعني يدا بيد ثم
جعل يدا بيد عبارة عن التعيين تعسف وبان رواية عبادة انما يصح هو بدلا ان لو كان روي
قوله عينا بعين منفردا اما اذا كان رواه منضما الي قوله يدا بيد فلا وقد روينا عن عبادة
علي ما اورده البغوي في كتابه ان رسول الله عليه السلام قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق
بالورق ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء عينا بعين يدا بيد وبانه انما
يصار الي المجاز اذا تعذر الحمل علي الحقيقة ولا فلا والجواب اما عن الاول فلانه لما تعذر حمل
قوله هاء وهاء علي الحقيقة للقطع بانه لا يجب ان يقول احدهما لصاحبه خذ فوجب الحمل علي المجاز
وهو يحتمل ارادة التقابض وارادة التعيين وقد انتفي حمله علي التقابض اعتبارا بالمبيع المتعين
كالثوب فتعين ارادة التعيين منه ابتداء لا انا حملنا علي يدا بيد ثم جعلناه مجازا عن التعيين
حتي يكون تعسفا ولان قوله عليه السلام البر بالبر ربوا الا هاء وهاء محمول علي ربوا النسيئة للقطع
بان ربوا الفضل لا يندفع بالتقابض ولا بالتعيين فيكون المعني البر بالبر ربوا النساء الا هاء وهاء
وعندك علم بانه لا نساء فيما اذا كانا متعينين ولم يكونا مقبوضين فلو لم يرد بقوله هاء وهاء التعيين
بل اريد التقابض لكان بيع البر بالبر المتعينين غير مقبوضين ربوا ولا وجه اليه للقطع
بعدم ربوا الفضل وعدم ربوا النسيئة فلا بد وان يراد بقوله هاء وهاء التعيين ابتداء وانما
عن الثاني فلان ما وقع في رواية البغوي من قوله عينا بعين يحتمل ان يكون منصرفا الي المطعوم
وقوله يدا بيد الي الاثمان علي اللف والنشر فيحمل عليه بالدليل المذكور في الكتاب واما
عن الثالث فلان التقييد بقوله يدا بيد انما هو لدفع ربوا النسيئة كما ان قوله مثلا بمثل لدفع

ربط

ربوا الفضل او للاحتراز عن الكالي بالكالي وكل ذلك يحصل بنفس التعيين ولا يحتاج فيه الي
التقابض فعرفنا بدلالة هذا النص ان المراد بقوله يدا بيد عينا بعين وحمل الكلام علي المجاز
بالدلالة جايز والله اعلم قوله والجوزة بالجوزتين فان قلت الجوز مثلي ولهذا يضمن بالمثل
عند الاتلاف وفي بيع الجوز بالجوزتين انتفت المماثلة فلا يجوز قلت الربوا يجري علي المعيار ولم
يوجد بخلاف ضمان العدوان فان مبناه علي نفس المماثلة كذا في الشافي وفيه نظر لما سبق
ان ما دون نصف الصاع تضمن بالقيمة عند الاتلاف ولا نعلم المساواة بالمعيار فلو كان ضمان
العدوان مبنيا علي نفس المماثلة وهو موجود فيما دون نصف الصاع لكان ينبغي ان يضمن
بالمثل دون القيمة علي ان المعيار الشرعي وهو القدر انما يشترط لتحقق الربوا لان الفضل مبني
علي المساواة وهي علي عدم تفاوت الاحاد وكل ما هو العرفي مثلي فاحاده ليست بمتفاوتة اذ
لا يعني بالمثلي سوي ما لم يكن افراده متفاوتة ولعدديات المتقاربة من المثليات فيتحقق
المساواة صورة ومعني بين افراده ومن ضرورة تحققها تحقق الربوا عند وجود الفضل
في احد الجانبين فانتفاء القدر هنا بعد ما كانت مثلية لا يبلغ تحقق الربوا علي ما لا يخفي
فالاولي سوما قال الشارح نقلا عن الذخيرة انه لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت صغرا وكبرا الا
ان الناس اصطلحوا علي اهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان دون
الربوا الذي هو حق الشرع عليهم قوله وبخلاف ما اذا
كانا بغير اعيانهما لانه كالي بالكالي قلت الاحتراز عن الكالي بالكالي باشتراط التقابض
في المجلس ممكن الا يري ان الدرهم بالدرهم كالي بكالي لان الدرهم لا يتعين بالتعيين لكن
لما كان التقابض في المجلس تخرج عن الكالي بالكالي من حيث انه يوجب التعين والتعين
في المجلس كهو في صلب العقد تنزيلا لساعات المجلس كساعة واحدة جاز فليجز بيع الفلس
بالفلسين بغير اعيانهما لكن بشرط التقابض في المجلس كما جاز بيع الدرهم بالدرهم بغير عينهما
وقد نص في الذخيرة انه لا يجوز بيع الفلس بالفلسين الا يدا بيد اذا كانا بعينهما حيث قال
اذا باع فلسا بفلسين يجوز يدا بيد اذا كانا بعينهما كذا في الجامع ثم من مشايخنا من لم يصحح ما ذكر
فيه لان التقابض مع العينية انما يشترط في الصرف وهذا ليس بصرف ومنهم من صححه لان
الفلوس من حيث ان لها حكم العروض جوزنا بيع واحد باثنين اذا كانا عينين ومن حيث
ان لها حكم الدراهم يشترط التقابض في المجلس مع العينية عملا بالدليلين هذا لفظه نعم ان
الكلام في اشتراط التقابض معها اللهم الا ان يقال للقياس ان لا يجوز بيع الدرهم بالدرهم
وان تقابضا في المجلس لكونه دينا بدين وقد نهي النبي صلي الله عن الكالي بالكالي الا انا

جوزناه بشرط التقابض على خلاف القياس فيقتصر على مورده فيبقى بيع الفلس بالفلس اذا
بغير اعيانهما على قضية القياس **قوله** وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس
بانفراده يحرم النساء يشير الى ان النساء يتحقق بمجرد كون احد العوضين دينا مع اتحاد
الجنس او القدر واشار في قوله وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف
النقد والمؤجل الى ان النساء انما يتحقق بتقديم احدهما وتاجيل الاخر بينهما تنافر لان
يقال معنى قوله وتعاقب القبض الخ ان تعاقب القبض في المتعينين كما في بيع الطعام
لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل لان بخلاف العين والدين اذ
العين خير من الدين لان العين مال حقيقة والدين مال باعتبار عاقبته الحقيقية **قوله**
ولا يجوز بالاتفاق وقد يقال العنب مع الزبيب جنسان مختلفان بدليل انه لو اوصى بالعنب
فصار زبيبا قبل موت الموصي بطلت الوصية لتغير الموصى به ولاسم اما لو اوصى بالرطب
فصار تمرا حيث لا يبطل الوصية وكذا لو غصب عنبا فصار زبيبا انقطع حق المالك ومتى اختلف
الجنسان وجب ولو غصب رطبا فصار تمرا لا ينقطع حقه ومتى اختلف الجنسان وجب ان لا
يجوز البيع كيف ما كان **قوله** ولان الرطب تمر **واعترض** بالمنع لحديث انس
رضي الله عنه كان النبي عليه السلام يفطر قبل ان يصلي على رطبات فان لم يكن فحسوة
من ماء وفي الخبر المروي اذا ولدت امراة فليكن اول ما تاكل الرطب فان لم يكن فتمر
وبان قصة خيبر ليس كما زعم لما روينا عن ابي سعيد وابي هريرة رضي الله عنهما ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال اوكل تمر خيبر هكذا
ويجاب بان الرطب والتمر اليابس جنس واحد بلا شبهة انما الاختلاف في الاحوال وجنس
هذا التمر يعني مقصود لا بد وان يكون له اسم موضوع ولفظ الرطب ليس بموضوع له بلا
خلاف فتعين التمر موضوعا له وعن هذا ذكر المصنف بعد هذا ان هذا الاسم التمر له من اول
ما ينعقد صورة ولان اطلاق لفظ التمر على الرطب قد جاء في حديث خيبر واما اطلاق
لفظ الرطب على التمر فلم يوجد فتعين لفظ للجنس الا ان لفظ التمر يقع في العرف على
اليابس فلذا لا يحنث في قوله لا ياكل التمر باكل الرطب وبه عطف التمر على الرطب في
مثل وان لم يكن فتمر اما التمر المذكور في حديث الربوا فالمراد به هو الجنس دون اليابس
منه بدليل قوله فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم اذ المراد به الجنس فعلم ان المراد
بما قبله اتحاد الجنس واما روي ابو سعيد من قوله فجاء بتمر جنيب فلا ينافي ما روي المصنف
انه اهدي اليه رطبا اذ التمر قد يطلق على الرطب اما الرطب فلا يطلق على التمر فكانت

رواية

هذا وذلك المعيس لا سعيا بان تعوض عنها وتركوا ... اذ لا يعمل التعارض الحس لا تفرض صعادنا ... ولاهم عيا وقد ورد ما يعطي الحج ... الى وجود التفاوت وعدم اعتبار في الوزن فلا ... يمكن حمله على التعين لعدم وجود اعتباره منهما ... حنيفة

قوله نقل الثقل ما صار ... واحمله ما يثقل ضد الخفة

رواية الرطب بحكما فيرد المحتمل عليه على ان المصنف رحمه الله تمسك به على تقدير صحته وان لم تكن
صحيحة فالاحتجاج بما ذكرنا اولا وبما ذكر بقوله ولانه ان كان تمرا الخ **قوله** ولانه تمرا
جاز الى اخره قيل هذا الاستدلال مما يقتضي به العجب اذ المراد بالنوع هو الجنس والاختلاف
بين الرطب والتمر هو النوعي دون الجنسي ولان قوله فبيعوا كيف شئتم معناه مثلا بمثل
ومتفاضلا وبيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يقول به احد **وجوابه** ان هذا الترديد لدفع
الشغب والزام الخصم وتحقق احد الشقين وهو كونه من جنس التمر لا ينافي مثل هذا الترديد
على ما لا يخفى واما البيع متفاضلا فانما لا يجوز لانه ان كان تمرا لا يجوز والا يجوز فلا يجوز بالشبهة
والبيع متماثلا جاز بكل حال ثم ينقض على هذا بيع الحنطة المقلية بغيرها فانه لا يجوز مع المقلية ان
كانت حنطة جاز البيع باول الحديث ولا باخره ولكن جوابه ان بيع الحنطة بالحنطة انما
يجوز اذا وجدت المساواة ولم يوجد في المقلية بغيرها لان التخلل في المقلية لانتفاخ حباتها
اكثر منه في غيرها وهذا التفاوت جاء بصنع من العباد فاعتبر في حرمة البيع اما التفاوت بين
الرطب والتمر فخلقي فلم يعتبر لما فيه من سد باب البيع في اكثر الربويات **فان قلت** فيجب
ان لا يصح بيع المبلولة باليابس ايضا اذ التفاوت بينهما بصنع من العباد **اجيب** بان الحنطة
خلقت في الاصل رطبة فعمل البل يعود الى ما خلقت عليه فيصير كالرطبة لا صلبة **وجوابه** لو
بطلان الوصية وانقطاع حق المالك ليس بدليل على اختلاف الجنسية لجواز ان يكون العنب
والزبيب جنسا واحدا ولكن اسم الزبيب يختص باليابس لا يطلق على الرطب واسم العنب
يختص بالرطب لا يطلق على اليابس والوصية يبطل ببطلان النوع الموصى به وكذا حق المالك
ينقطع بزوال النوع فاما الرطب فبعد ما صار تمرا ان كان يزول عنه اسم الرطب فاسم التمر الذي
كان يطلق عليه وهو رطب باق فمن حيث ان اسم الرطب يزول يجب ان يبطل الوصية وينقطع
حق المالك ومن حيث ان اسم التمر باق وجب ان لا يبطل الوصية ولا ينقطع حق المالك فقلنا
لا يثبت البطلان في الوصية ولا انقطاع حق المالك في الغصب بالشك اما في العنب فلا يبقى
اسم بعد الجفاف اصلا اما اسم العنب فظاهر وكذا اسم الزبيب لانه ما كان يطلق عليه **قوله** ولو
باع البسر الى اخره في الصراح اول ما يبدو من النخل طلع ثم خلال ثم بلح بفتحتين ثم بسر ثم رطب
ثم تمر ويسمى ايضا البسر غورا فرما **قوله** الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء كم النخل سمي
بها بكسر الكاف لانه يستر ما في جوفه والكم هو السنبلة كمت الحب اذا سترته **قوله** اذ
ما فيه من الدهن موزون **فان قلت** ينبغي ان يجوز بيع الدهن بالسمسم كيف ما كان لان السمسم
كيلي والدهن وزني **قلت** السمسم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه وانه وزني فاعتبر الدهن

الذي في احتياطا فان قلت لما كان المقصود من الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم متفاضلا وينصرف
الخير الى الدهن تصحيحا للعقد كما في مسئلة الدار قلت السمسم له صورة يقصد اليها ويبقي
من الدهن فاذا بيع بجنسه يعتبر الصورة فوجبت التسوية واذا بيع بالدهن تعتبر المعني فيجب
التسوية بين الدهن المفروز والدهن الذي في السمسم عملا بالشبهين كذا في الشاهان وهل يصح
ان يجاب بان الدهن الذي في السمسم ليس بمفروز منه ولكنه من حيث انه مقصود يعتبر مفروزا فيما
اذا بيع السمسم بالكثير احتياطا اما اذا بيع السمسم بمثله فالاحتياط ان لا يعتبر مفروزا اذ لو اعتبر
مفروزا وقيل بصحة البيع صرفا للجنس الى خلاف الجنس لم يكن ذلك احتياطا لما فيه من شبهة الربوا
من حيث انه غير مفروز حقيقة ثم قد يقال قد اعتبر الدهن الذي في السمسم والزيتون موجودا
معنا كالدهن المفروز ولم يعتبر موجودا في جواز بيعه حتى لو باع الدهن الذي فيه لم يجز وجوابه ان
الاحتياط في كل فصل واجب ولكن الاحتياط في البيع ان يعتبر معدوما فلا يجوز وفي بيعه بالدهن
المفروز ان يعتبر موجودا ليشترط الزيادة في المفروز احترازا من الربوية قوله ولو لم يعلم
مقدار ما فيه ~~لو كان اكثر او مساويا~~ لا يجوز لاحتمال الربوا وقد يشكل بان بيع السمسم بالمساوي مع ما فيه
~~لو كان اكثر او مساويا~~ لا من الدهن اولا قل منه انما لا يجوز لشبهة الربوا اذ الظاهر جواز البيع
كيف ما كان لانه بيع الكيلي بالوزني ولكن لما كان الشيرج مقصودا اعتبر مفروزا تفاديا عن
الربوية ثم لما لم يعلم مقدار ما فيه تنزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة الا اذا كانت
حرمة ما فيه الشبهة منصوصة كحرمة شراء ما باع باقل مما باع وكذلك بيع السمسم بدهنه او الزيتون
بزيته ليست منصوصة وفي مثله الشبهة المتنزلة غير معتبرة قوله ولنا ان الاصول مختلفة
وقد يقال لا اقل من شبهة المجانسة لاتحاد المقصود وشبهها ملحقة بحقيقتها الا ترى ان منافع
الراي والحانوت اعتبرت متحدة باعتبار اتحاد اصل المقصود مع الاختلاف في كثير من الاغراض
قوله فكذا اجزاؤها يشكل على قول ابي يوسف ومحمد فانهما اعتبرا الدقيق والسويق جنسين
مختلفين لاختلاف المقصود مع انهما من اجزاء الحنطة قوله وشعر المعز وصوف الغنم الاولى
ان يقول وصوف الضان لانه لا مقابلة بين المعز والغنم لما مر في الزكوة ان اسم الغنم يشمل
الكل قوله جنسان لاختلاف المقاصد ولم يعتبر اتحاد الجنس في اصلهما وفي الالبان واللحم
اعتبر اختلاف الجنس في الاصول ولم يعتبر اتحاد المقصود اجيب بان الاصل في اتحاد الجنس
واختلافه هو المقصود عند الفقهاء فان كان بعض المقاصد متحدا والبعض مختلفا يعتبر الرجحان
بالاصل والمقاصد هنا مختلفة اختلافا فاحشا فيعتبر اجناسا وثم بعض المنافع متحد وبعضها مختلف
فرجحنا بالاصل والاصول مختلفة فاعتبرت اجزاؤها اجناسا قوله وكذا السلم جائز في الخبز

في الصحيح فان قلت كيف يجوز والخبز يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا حتى لا يجوز الاستقراض
به لا وزنا ولا عددا والسلم فيما يتفاوت احاده غير جائز قلت نعم القياس يقتضي ان لا يجوز
السلم فيه لا وزنا ولا عددا كما هو قول ابي حنيفة رض ولكن المشايخ اختاروا قول ابي يوسف رح
انه يجوز السلم فيه وزنا اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس ويجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض
من الجنس الذي سماه حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض باب الاستحقاق
قوله وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا وفيه بحث لان القضاء
بالام يقتصر على من هو في يده حتى لو برهن غير ذي اليد على المستحق يقضى له بها والقضاء بالام
انما يكون قضاء بالولد في حق من صار مقضيا عليه بها ومن ليس في يده الام لا يصير مقضيا عليه بها
فلا يصير مقضيا عليه بالولد لو كان في يده فعلم دخول الولد في القضاء اذا كان اشتراط القضاء
بالولد لجواز ان لا يشترط ولا يدخل في القضاء بالام لان القضاء بالام لا يثبت في حقه فكيف
يثبت ما يتضمنه وهو القضاء بالولد وبالجملة ان من لا يشترط القضاء بالولد فهو يشترط القضاء
بالام والقضاء بها مقتصر على ذي اليد فكذا القضاء بالولد والله اعلم قوله فيجعل العبد بالامر
بالارضا ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للغرور فان قلت العبد ليس باهل للضمان
قلت ظهر انه صار كالحر في صحة الضمان كذا في الشاهان فان قلت اذا التحق
العبد بالحر في صحة هذا الضمان والحر لا يرجع على المكفول عنه الا اذا كان الضمان بامره
فينبغي ان لا يرجع العبد هنا ايضا لان المولى لم يامره بهذا الضمان قلنا لم يضمن ضامنا صريحا
وانما جعلناه ضامنا لدفع الغرور ففيما وراءه يكون العبد كالمضطر في اداء كمعير الرهن فيرجع
عليه وان لم يامره المولى بهذا الضمان قوله بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو
وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال
فلا يجعل الامر ضامنا للسلامة فان قلت اذا مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحق
رجل فله الخيار وان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن فان ضمن الراهن فقد مات
بالدين وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه
مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما ذكر في كتاب
الرهن فلو لم يكن الغرور في عقد الرهن موجبا للضمان كما اشار اليه هنا لما رجع المرتهن
الى الراهن بحكم الغرور في هذه المسئلة كما لا يرجع الموهوب له الى الواهب اذا استحق
الهبة وضمن الموهوب له القيمة اجيب بان عقد المعاوضة انما يشترط لرجوع المغرور على
الغار اذا لم يكن المغرور عاملا للغار اما اذا كان عاملا له فيرجع عليه وان لم يكن الغرور

في ضمن عقد المعاوضة الا يري انه استحق الوديعة وضمن المستحق المودع يرجع علي المودع الغار
والوديعة ليست بعقد معاوضة والمرتهن عامل للراهن اذ الرهن عقد ايفاء وفيه منفعة للمرتهن
ببراءة ذمته والمرتهن بوصول حقه اليه اما منفعة الراهن ارجح لانه بهلاك الرهن يصير موفيا للدين
بالايفاء الحكمي ومنفعة الايفاء لا تختلف بين الحكمي والحقيقي اما منفعة المرتهن في الاستيفاء الحكمي
دونها في الحقيقي والمرجوح ساقط الاعتبار بمقابلة الراجح فصار المرتهن عاملا للراهن فاذا استحق ضمان
كان قرار الضمان علي الراهن بخلاف ما اذا قال ارتهن فانه عبد اذ المرتهن لا يعمل لهذا القائل
فلا يكون قوله موجبا للرجوع عليه الا بضمن عقد المعاوضة ولم يوجد **قوله** لتضمن تحريم فرجها لام
بعض علي مولاه وقد يقال حرمة الاصل لا يستلزم تحريم الفرج فان المولي اذا استولد جاريته
فجاءت بغلام كان الغلام حر الاصل مع ان فرجها لا يحرم علي مولاه **فصل في**
بيع الفضولي قوله ولنا انه تصرف تمليك اي تصرف من جعل الغير مالكا وقد احترز بها عن تصرف
من اسقاط كاعتاق عبد الغير بغير اذنه فانه باطل من الابتداء لا يتوقف علي اجازة المالك كذا في
الشامات وذكر المصنف رحمه الله في فصل المشيئة ان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو
قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا يري انه لو قال ابنتك ينوي
الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت الي ان قال بخلاف الاختيار
لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يري انه لو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت
لا يقع شيء منه تصريح بان الابانة مما يتوقف علي الاجازة وهي من الاسقاطات وبهذا صرح الكافي
فيما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة حيث قال ولابي
حنيفة رضي الله عنه انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدية فيتوقف ايقاعها علي اجازة الزوج
كما لو قال طلقي نفسك فطلقت ضرتها وذكر في زوايد المحيط لو قال للفضولي بيع ما صنعت يكون
اجازة في البيع والنكاح والطلاق وغير ذلك وفي فتاوي القاضي الامام ظهير الدين اذا حلف
لا يطلق فطلق فضولي فاجاز ذلك قولا او فعلا فالجواب **فيه نظير** الجواب في النكاح
فضولي قال لامرأة الغير ان دخلت الدار فانت طالق فاجاز الزوج فدخلت طلقت وسيل
صاحب المحيط عمن اعتق عبد الغير فقال المولي سهل بود هل يكون اجازة قال لا لانه بمنزلة
قوله باكي نيست وكذا لو قال لعبده وعبد غيره هذا حر وهذا لا يعتق عبده ولو كان الاعتاق
لا يتوقف في عبد الغير لعتق عبده كما لو جمع بين عبده وبين الحائط او البهيمة العتق عليه من
حيث او اسطوانة وكذا لو قال لامرأة رجل جعلت امرك بيدك فقالت اخترت نفسي فاجاز
الزوج لم يقع الطلاق ولكن يصير الامر بيدها فهذه المسائل تدل علي ان اعتاق الفضولي

وطلاقه متوقف علي الاجازة كبيعه واجازته فما ذكر في الشامات محتاج الي مزيد تتبع هذا مع ان
نكاح الفضولي منعقد باتفاق علمائنا وقد صرح المصنف رحمه الله في كتاب الوكالة ان النكاح من الاسقاطات
حتي لا يرجع العهدة فيه الي الوكيل فالظاهر انه اراد بقوله تصرف تمليك انه تصرف يمكن تمليكه من الغير
ومباشرته بنايبه وفيه احتراز عن تصرف لا تجري النيابة فيه او هو احتراز عن الشراء فان شري الفضولي
لا يتوقف بل ينفذ علي المشتري **قوله** تصرف تمليك اي تصرف هو تمليك لا تصرف هو تملك والشراء
تصرف هو تملك بخلاف البيع فانه تمليك **قوله** يكفي مونته في الصراح كفايت كار كسي كردن يقال
كفاه مونته **قوله** كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع وقد يقال
اذا كان الفضولي ماذونا في النكاح الموقوف دلالة يشكل ما ذكر في الذخيرة من الفرق بين
الوكيل بالنكاح والفضولي فيه حيث قال لو ان الوكيل زوجه امرأة بغير اذنها ثم زوجه اختها
باذنها او بغير اذنها كان نقضا للنكاح الاول ولو ان الفضولي زوجه امرأة ثم زوجه اختها
لا ينتقض نكاح الاولي ويتوقف نكاح الثانية كالاولي حتي اذا نكاح الاولي او الثانية صح
اجازته والفرق ان هو العاقد حتي كان وكيلا لو لم ينتقض نكاح الاولي بنكاح الثانية صار
الموكل جامعا بين الاختين عقدا لان عبارة الوكيل في النكاح منقولة الي الموكل فصار
كان الموكل تزوج امرأة بغير رضاها ثم تزوج اختها بغير رضاها اما اذا كان فضوليا لا يصير جامعا
بين الاختين لا عقدا ولا ملكا لان عبارة الفضولي مقصورة عليه هذا كلامه فلو كان الفضولي
ماذونا في النكاح الموقوف دلالة وجب ان ينتقل عبارته الي الامران كالماذون في النكاح
ينتقل الي الامر فيصير جامعا في المسئلة المذكورة بين الاختين فان لم ينتقض نكاح الاولي من
حيث ان الفضولي لا يملك النقض صريحا فكذا دلالة وجب ان لا ينعقد نكاح الثانية كيلا يصير
جامعا **قوله** والمتعاقدان بحالهما اي لم يتغيرا عن اهلية التصرف حتي لو كانا عاقلين وقت
العقد ثم جن احدهما فاجاز المالك لا ينفذ العقد **قوله** لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من
قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه لا يقال هذا يقتضي ان يشترط بقاء الفضولي في النكاح
ايضا عند الاجازة والمسئلة بخلافه فان رجلا لو زوج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير اذنه
خاطب عنه ابوه ثم مات ابو الصغيرة قبل ان يجيز الاب النكاح يبطل النكاح ولو كان مكانه كبيرة
زوجها بغير رضاها والمسئلة بحالها لا يبطل النكاح بموت الاب فهذا دليل علي ان بقاء الفضولي
في النكاح ليس بشرط لصحة الاجازة لانا نقول الفضولي في عقد النكاح ليس بعاقد حكما بل
هو سفير ومعبر حتي لا يرجع الحقوق اليه فاذا عبر فقد صار اجنبيا فموته لا يوثر في انعدام العقد
قوله لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة **فان قلت** من كفل عن رجل بغير

امره لا يرجع عليه بما ضمن وان ولاجازة المكفول عنه بعد ذلك فلو كانت الاجازة اللاحقة كالاذن
السابق لرجع عليه بعد اجازته كما لو امره بالكفالة ابتداء اجيب بان الاجازة اللاحقة انما يكون
كالامر السابق فيما يحتاج فيه الي الامر كبيع مال الغير فاما فيما لا يحتاج اليه كالكفالة فلا لانه نافذ
قبل الاجازة وبعدها ما نفذ فالاجازة وعدمها سواء فلا توثر الاجازة في كونها موجبة للرجوع لانها لما
نفذت وقعت غير موجبة للرجوع فلا ينقلب موجبة بعد ذلك قوله وللفضولي ان يفسخ قبل
الاجازة قلت وكذلك للمشتري ان يفسخه قبل الاجازة وانما خص الفضولي بالذكر لبيان التفرقة
بين الفضولي في البيع والفضولي في النكاح من حيث ان الاول يملك الفسخ والثاني لا يملك واما
الطرف الاخر وهو المشتري في البيع والمراة او الرجل في النكاح فلا يفترقان في ولاية الفسخ بل
يملك كل واحد فسخ العقد قوله بخلاف الفضولي في النكاح حيث لا يملك الفسخ بالقول ويملك
الفسخ بالفعل بان زوج رجلا امراة برضاها فقبل اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح
الاول كذا في الحاشية العلائية وانه يخالف رواية الذخيرة فانه نص بان الوكيل بالنكاح اذا
زوج امراة بغير اذنها ثم زوج اختها باذنها او بغير اذنها كان نقضا للنكاح الاول ولو لم الفضولي
زوجه امراة ثم زوج اختها لا ينتقض نكاح الاولي ويتوقف نكاح الثانية كالاولي الي اخر ما
ذكرنا من الذخيرة فما في الحاشية يحتاج الي تامل قوله لانه سفير محض فان قلت الوكيل
بالنكاح اذا زوج امراة بغير اذنها زوجها ابوها فلم يبلغها حتي نقض الوكيل النكاح بغير محضر
منها ولا من ابيها ولا من زوجها جاز نقضه مع ان الوكيل ايضا سفير في باب النكاح لا يرجع الحقوق
اليه اجيب بان نقض النكاح الموقوف فسخ من وجه وامتناع عن اتمام العقد من وجه والعمل
بالشبهين في حق الوكيل والفضولي متعذر لما بينهما من التنافي فعلمنا بشبه الفسخ في حق الفضولي
فلم يجوز ذلك منه لانه يفسخ عقد غيره وسلب بوكيل عنه وفسخ عقد غيره لا يجوز الا قصدا عن
العمل ولا عملة علي الفضولي في النكاح وعملنا بشبه الامتناع في حق الوكيل وجوزنا ذلك منه لان
له ولاية الامتناع ولم يعكس لانا لو عملنا بشبه الامتناع في حق الفضولي وجوزنا ذلك منه لزمنا تجويزه في
حق الوكيل لان للوكيل لنيابته عن الموكل اعلي حالا من الفضولي كذا في الذخيرة في كتاب النكاح
وقد يعلل بانه ذكر في الذخيرة بعد هذا ان عبارة الوكيل في النكاح ينتقل الي الموكل في العقد
الموقوف والنافذ وعبارة الفضولي تقتصر عليه وبني علي ذلك مسايل عرفت في موضعها فلا يبعد ان
يجوز فسخ الفضولي ولا يجوز فسخ الوكيل لان عبارته لما انتقلت الي الموكل صار اجنبيا بمجرد العقد
وصار كان الموكل باشره بنفسه ولو باشره الموكل لم يكن للوكيل فسخه فكذا لو باشره الوكيل
اما الفضولي فعبارته لما كانت مقتصرة عليه كان كالاصل في هذا والاصل يملك فسخ العقد الموقوف

فكذا

فكذا الفضولي فلو عكسنا الامر وجوزنا ذلك في حق الفضولي لم يلزمنا تجويزه في حق الوكيل فلا يبطل
الحمل بالشبهين والله اعلم قوله لا اجازة عقد ولما اجاز المالك البيع كان مقرضا ملكه للفضولي
وكان الفضولي مستقرضا في ضمن الشراء فصح حكما لصحة الشراء وان كان الاستقراض مقصودا لا
يصح في الاموال المثليات قوله لانه في بيع العرض بالعرض شراء من وجه لان كلا من
العرضين ثمن من وجه مبيع من وجه اذ لا بد للبيع من المبيع والثمن وفي العرض بالعرض
لا يتعين احدهما للثمنية فيجعل كل منهما ثمنا بالنسبة الي الاخر فيكون شراء من وجه فان
قلت ما لم اعتبروا جانب الشراء دون البيع قلت لان الاصل ان يتصرف الانسان لنفسه
ولا يكون متصرفا لنفسه الا باعتباره شراء فرجح جانب الشراء بهذا الاصل قوله لانه توقف
علي اجازة المولي بنفسه فلا يجوز باجازة غيره فان قلت يشكل بامة تزوجت نفسها بغير اذن
مولاها ثم مات المولي فانه ينفذ باجازة الوارث اذا لم تحل وطيها له قلنا بانا لا نسلم ان
نكاح الامة يتوقف علي اجازة المولي بل علي سقوط حق من له الحق الا يري انها لو اعتقت
ينفذ نكاحها ايضا ولو توقف علي اجازة المولي لما نفذ اذ الموقوف علي شي لا يتحقق الا بتحقق
ذلك الشي وذلك ان الامة مالكة للنكاح بنفسها لانها مبقاة علي الحرية في امر النكاح انما التوقف
لحق غيره فاذا سقط حقه بعد نكاحها اما بيع الفضولي فيتوقف علي اجازة من هو مالك وقت العقد للحاجة
الي ضرورة الفضولي وكيلا من وقت العقد لينفذ العقد من ذلك الوقت ولن يصير وكيلا من
ذلك الوقت الا باجازة من هو مالك وقت العقد والوارث يملك ملكا منفصلا فلا يصير باجازته وكيلا من
وقت العقد فلا يعتبر اجازته اما نكاح الامة فلا يتوقف علي الاجازة لتصير وكيلة بنكاحها من حين العقد
لانها مالكة للنكاح كالحرة بل يتوقف عليها ليسقط حق من له الحق والمولي وغيره في ذلك سواء واما
اذا كانت الامة ممن تحل وطيها للوارث فانما لا يجوز نكاحها باجازته لان نكاحها يبطل بمجرد
الانتقال الي ملك الوارث لان بعضها يدخل علي ملكه والملك البات اذا طرا علي ملك موقوف
ابطله قوله لان الملك وقع في شرط الاجازة وما قال ان الاصل هو البقاء قلنا الظاهر
لا يكفي للاثبات والحاجة هنا الي اثبات الاجازة فلا يثبت بالظاهر قوله قال محمد رحمه الله لا
يجوز لانه لا عتق بدون الملك فان قلت هل يكره للمشتري ان يطأ الامة اذا كان اعتقها
قبل ان يجيز المالك بيعها عند محمد رحمه الله قلت يجب ان يكره كما لو تزوج عبد امراة بغير اذن
سيده وطلقها ثلاثا ثم اجاز سيده هذا النكاح ثم اراد ان يتزوجها يكره له التزوج بها عند ابي
حنيفة ومحمد رحمه الله كذا هنا ينبغي ان يكره الوطي للمشتري عند محمد رحمه الله قوله لان الغصب غير موضوع
لافادة الملك وانما يثبت الملك مقتضيا لوجوب الضمان فلا يظهر في نفاذ العتق فان قلت فيجب

ان لا يظهر في نفاذ بيعه ولا في تضحيته اذا ضحي بالشاة المغصوبة ثم ادي الضمان وحيث نفذ بيعه
وصحت اضحيته علم ان اعتاق الغاصب انما لا يصح وان ادي الضمان لان الاعتاق يستدعي ملكا مطلقا
ولا يكفيه الملك الثابت بالاستناد **اجيب** بان الغصب لما كان غير موضوع لافادة الملك لم يثبت به
الملك قبل اداء الضمان لا باتا ولا موقوفا وانما يثبت الملك بعد اداء الضمان كما في البيع بشرط
الخيار ولا بد لصحة الاعتاق من الملك ولو موقوفا اما البيع والتضحية فيكفيه الملك المستند **قوله**
لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرا على ملك موقوف ابطله وهذا لانه لا يتصور اجتماع
الملك البات والموقوف في محل واحد ولان حكم السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث فحكم
السبب يثبت للمشتري من وقت العقد وانما يتاتي ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد
زال الملك بازالته فلو نفذناه باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس
هذا **فان قيل** يشكل ما اذا باع الغاصب ثم ادي الضمان نفذ بيعه وان طرا الملك البات
للغاصب على الملك الموقوف للمشتري **قلنا** ثبوت الملك للغاصب ضروري فلم يظهر في ابطال ملك
المشتري كذا في الشرح او نقول ملك الغاصب يثبت حالة الغصب لوجوب الضمان عليه فيحتمل
الغوات فينتقل الملك الي الغاصب الا انه غير متقرر وعند اداء الضمان يتقرر ثم يستند هكذا
ذكر بعض المشايخ كذا في الشاهات وفيما ذكر نظر اما في الاول فلان ملكه اذا لم يظهر في ابطال
ملك المشتري لكونه ضروريا يجب ان لا يظهر في نفاذه من الغاصب ايضا **وجوابه** ان نفوذ البيع
الموقوف اهون من ابطاله اذ بالنفاذ لا يثبت الا وصف البتات وبالابطال يرتفع اصل البيع
مع حكمه فكان اسهل من الابطال فجاز ان يكتفي بالملك الضروري لنفاذ البيع من الغاصب ولا
يكتفي به لابطال العقد الموقوف واما في الثاني فلان ملك الغاصب ان كان يثبت بمجرد الغصب على
قول بعض المشايخ فلا شك انه يتاكد عند الضمان بعد ما كان على شرف السقوط وللتاكيد حكم الايجاب
على ما عرف في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فينبغي ان يبطل ملك المشتري من الغاصب
بتاكد الملك له عند اداء الضمان كما يبطل بطريان حقيقة الملك **وجوابه** ان للتاكيد ان كان حكم
الايجاب فملك المشتري من الغاصب عند من يقول بثبوت الملك حالة الغصب ليس بملك موقوف
حتى يبطل بطريان تاكد الملك للغاصب بحكم ان للتاكيد حكم الابتداء بل ملكه ايضا بات غير متقرر
لانه يتلقي الملك من الغاصب فيثبت له الملك كثبوته له وهو تقرر في حق الغاصب تقرر في حقه
ايضا فهذا ليس من قبيل طريان الملك البات على الموقوف نعم يشكل بان حكم البيع ثبوت حقيقة
الملك للمشتري من وقت العقد بحيث يملك المبيع بزوايده المتصلة والمنفصلة وهذا لا يتاتي في
بيع الغاصب لان حقيقة الملك لا يثبت للغاصب حتى لا يملك المغصوب بزوايده المنفصلة فكيف يثبت

للمشتري

للمشتري الذي يتلقي الملك منه حقيقة الملك فاذا لم يتحقق حكم البيع في بيع الغاصب وجب ان
لا ينفذ البيع منه **وجوابه** ان اصل الحكم للبيع هو ملك المبيع اما ملك الزوايد فكالوصف لانه تبع
وهنا ان كان لا يمكن تحقق وصف الحكم امكن تحقق اصله فيجب القول بصحة البيع ولا يلزم ابطال
الاصل لرعاية الوصف وذا باطل قال الشارح **فان قيل** لما كان طرو الملك البات يبطل الموقوف
بعد الثبوت فاولى ان يمنعه لان المنع اسهل فيجب ان لا ينفذ بيع الفضولي لان للمالك ملكا باتا **قلنا**
البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود
اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي يثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لانه لا يتصور اجتماعهما وهكذا
ذكر في الشاهات فيقال الملك الموقوف للمشتري من الفضولي ما ظهر في حق المالك فصار كانه غير موجود
اما هنا فالملك للمشتري الثاني صار موقوفا من جهة الاول فاذا ظهر للاول ملك بات يبطل ما باشره
من العقد المثبت للملك الموقوف وهنا لم يوجد من المالك عقد يوجب الملك الموقوف فكيف يظهر
الابطال هذا لفظه **وفيه نظر** اما اولا فلا مر في هذا الفصل ان الاذن من المالك ثابت في
عقد الفضولي دلالة بدليل ان هذا تصرف نافع والعاقل ياذن في النافع فكان ظاهرا في حقه
ايضا فيجتمع البات والموقوف واما ثانيا فلان الملك الموقوف ان كان لا يظهر في حق المالك لعدم
ظهور عقد الفضولي في حقه فلا ريب ان الملك البات للمالك ظاهر في حق المشتري لظهور سبب
ملكه في حقه فيلزم اجتماع الملكين في حق المشتري ان كان لا يلزم في حق المالك الا ان يقال
المبيع يخرج عن ملك المالك في حق المشتري من الفضولي خروجا موقوفا ويدخل في ملكه دخولا
موقوفا اعمالا للعقد الظاهر في حقه الموجب لخروج المبيع عن ملك المالك ودخوله في ملك المشتري
بقدر الامكان فلا يجتمع الملكان في حق المشتري ايضا واما ثالثا فلان بطلان الملك الموقوف
بالبات لا يحتاج الي ظهوره في حق من يثبت له البات بمباشرته عقدا يوجب الملك الموقوف
الا يري ان الامة لو تزوجت بغير اذن المولي ثم مات وورثها من تحل له وطيها او اشتراها من
يحل له الاستمتاع بها يبطل النكاح بطريان الملك البات للوارث او المشتري على الموقوف للمتزوج
مع ان هذا الملك الموقوف للمتزوج لم يظهر في حق الوارث او المشتري بمباشرتهما العقد الا
ان يقال الملك الموقوف كما يظهر في حق الفضولي يظهر في حق كافة الناس سوي المالك
لان العقد صدر من الاهل في المحل مع جميع شرايطه فيجب القول بانعقاده في حق الكل الا انه
لا يظهر في حق المالك ضرورة صيانة حقه ولا ضرورة في حق غيره فيبطل الملك الموقوف اذا ملكه
الغير ثم يشكل هنا بان الامة لو تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقت نفذ نكاحها مع انها بالاعتاق
تملك بضعها كما وقعت اليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام ملكت بضعك فاختاري وملك الزوج

ملكا

وهذا يصلح جوابا عن اصل السوال ايضا اذ البيع الموقوف لما كان موجبا لخروج المبيع عن ملك المالك موقوفا وهو ابدا ملكت المشتري ويكون خروجها موقوفا ودخولا موقوفا فيصح هذا الملك البات مع الموقوف بخلاف المشتري من الغاصب اذا باع ثم يغرم لحصول الغصب ضمانه لم تندفع المشترية الا اصلح الملك البات للمشتري والموقوف للمشتري من المشتري في حالة حسب ملك الملك البات للمشتري من الغاصب بنفاذ بيعه ثم ثبت الملك البات للمشترية لشبه ثبوته للاول نحو ثبوته له فطل ما كان للمشتري الثاني من الملك الموقوف والله اعلم بصر الضرورة

عليها كان موقوفا فينبغي ان يبطل بطريان الملك البات وبما اذا قسم الورثة وبعضهم غايب فالقسمة
موقوفة على اجازة الغايب فان مات الغايب قبل ان يجيز فاجاز وارثه صحت ولا يخفى ان ملك
الورثة الحضور كان موقوفا في نصيب الغايب ومع ذلك لا يبطل بطريان الملك للوارث وجوابه
ان القياس يقتضي ان لا يصح الاجازة وهو قول محمد رحمه الله الا انهما يقولان انها صحيحة استحسانا لان
القسمة الاولى لو بطلت لاعادوها بالتراضي وقد تراضوا على هذه القسمة فصار كانهم اعادوها
قوله ولان فيه غرر الانفساخ فان قلت فساد البيع بالغرر لا يوجب عدم النفاذ باجازة
البيع الاول لجواز ان ينفذ على وجه الفساد كما لو باع الفضولي بيعا فاسدا ثم اجاز المالك فانه ينفذ
مع الفساد فتعليل عدم النفاذ بالفساد ليس كما ينبغي وايضا في البيع الاول ايضا غرر الانفساخ
فان المالك اذا باع من غيره ينفسخ بيع الفضولي وكذا لو اجاز المالك البيع الثاني نفذ خاصة
وبطل البيع الاول ففي الاول غرر الانفساخ على تقدير اجازة الثاني مع انه صحيح وايضا لو اجاز المالك
البيع الثاني نفذ على وجه الصحة فلو كان فيه غرر الانفساخ لزم ان لا ينفذ من المالك على وجه
الصحة اجيب بان المطلوب هنا بيان ان البيع الثاني لا ينفذ من قبل المشتري لا قبل القبض
ولا بعده اما قبل القبض فلان البيع الثاني لو اعتبر بيعا من قبل المشتري الاول لكان فاسدا لما فيه
من غرر الانفساخ حيث يظهر في الاخرة لعله على تقدير عدم اجازة البيع الاول انه باع ملك غيره وهو فعل من
المدعي بغرر الانفساخ والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض واما بعد القبض فلما مر ان باجازة البيع
الاول يثبت للمشتري الاول ملك بات وطريان الملك البات يبطل الموقوف فنزله لما ذكرنا تعليل لعدم
افادة البيع الثاني الملك فيما بعد القبض وقوله ولان فيه غرر الانفساخ تعليل له فيما قبل القبض
وبما ذكرنا ان الكلام في نفاذ البيع الثاني من قبل المشتري الاول دون المالك وان معنى الغرر هو انه
يظهر في الاخرة انه باع ملك غيره يسقط جميع الشبهات التي ذكرنا يعرف بالتامل قوله ومن
باع عبد غيره بغير امره لعله باع عبد غيره ثم ادعى المشتري انه باعه بغير امره وانكره البايع او معناه
بغير امره على زعم المشتري وانما قلنا ذلك لان البيع اذا كان بغير الامر في الحقيقة وباتفاق البايع
والمشتري فلا معنى لاقامة البينة على الاقرار الى اخر ما ذكر قوله للتناقض في الدعوى اذ الاقدام
على الشراء اقرار منه بصحته على وجه اللزوم والنفاذ اذ الظاهر من حال المسلم مباشرة العقد
الصحيح النافذ ثم المشتري بدعوى عدم الامر يدعي عدم الامر بعد الاقرار بالامر فكان متناقضا فلم يصح
الدعوى والبينة انما يسمع اذا ترتب على دعوى صحيحة او نقول اقدام المشتري على الشراء
اقرار بلزومه ولا اقرار باللزوم اقرار منه بانه لم يقر بعدم الامر لان اقرار البايع بعدمه ينافي
اللزوم فكان متناقضا في دعوى اقرار البايع بعدم اللزوم فلا يقبل فان قلت التناقض في امر

قوله اذ لا يمكن اعتبارها للقرار الخ
معناه ان البقاء ... الملك ... كانت
المدة ثابتة ... حق
المشتري ... الخ
... اجازة ... الكف ... ان
... اجازة ... ينبغي ان ... عند
... الكل ... الا
بالكل

خفي

خفي لا يمنع الدعوى كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق
قبل الكتابة ولا خفاء ان اقرار البايع بانه لم يامره بالبيع ربما يخفى على المشتري لاستبداده
بذلك اجيب بالمنع اذ العادة جارية باستفسار امر المالك عمن يبيع ملك الغير فيقف المشتري
على اقرار البايع بالامر او بعدمه ولا يخفى ذلك عليه ثم يشكل هذا بان احد الورثة لو ادعى دينا في
التركة بعد القسمة صح دعواه مع ان الدين يمنع صحة القسمة فلم يعتبر الاقدام على القسمة اقرارا
بصحتها ولزومها واعتبر الاقدام على الشراء اقرارا بصحته ونفاذه والفرق مشكل وايضا اذا
اختلف المسلم اليه ورب السلم في الاجل فادعاه احدهما وانكره الاخر فايهما اقام البينة قبلت بينته
وعلى قياس ما ذكر هنا وجب ان لا يقبل بينة من انكر الاجل للتناقض في دعواه الفساد لعدم الاجل
اذ الاقدام على السلم اقرار منه بصحته فيكون دعوى الفساد بعد ذلك متناقضا وتحقيق ذلك ان
العاقد ليس بمقر بصحة العقد ونفاذه حقيقة الا انه جعل في الحكم مقرا به نظرا الى ظاهر حاله لكن
لا مطلقا بل موقتا الى ان يثبت الفساد او التوقف بالبينة ولا منافاة بين جعله مقرا في الشرع
الى ان يثبت الفساد والتوقف وبين دعواه الفساد بعد ذلك ليبرهن عليه فيتمكن من فسخ العقد
قوله ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البايع انه للمستحق تقبل بينته
ان المشتري متناقض في مسئلة الزيادات ايضا اذ هو بالاقدام على الشراء اقر بانه ملك البايع ولكن
البايع لم يقر بانه للمستحق ثم بدعواه اقرار البايع انه للمستحق يدعي خلاف ما اقر به اولا ومع ذلك لم
يجعل متناقضا فاشار الى الفرق بقوله وفرق الخ وكان هذا الفرق لضعفه غير مرضي فاحال على
غيره وحقيقة الفرق ما ذكر في زيادات للامام قاضيخان ان المشتري غير متناقض من كل وجه
لانه لا ينكر العقد ولا ملك الثمن للبايع فان بيع ملك الغير منعقد وانما ينكر وصف اللزوم بعد
الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في الفصل الاول لانه
لا يفيد فايدة الرجوع بالثمن لا في الثاني لانه يفيد فايدة الرجوع به عملا بالشبهين وفيه نظر
للقطع بان فايدة الرجوع حاصل في الفصل الاول ايضا على تقدير فسخ البيع وذلك انه لو لم يجعل
متناقضا وقبلت بينته على اقرار البايع انه لم يامره بالبيع لثبت اقراره بالبينة والثابت بها كالثابت
معاينة وفيما اذا ثبت اقراره به عند القاضي معاينة تحصل فايدة الرجوع بالثمن اذا ساعده المشتري فكذا
اذا ثبت بالبينة نعم في الفصل الاول لو لم يجعل متناقضا لم يتمكن من الرجوع بالثمن بدون فسخ البيع
ولكن الحكم في الفصل الثاني هكذا لما عرف ان البيع لا ينفسخ بثبوت الاستحقاق بل يجب وقفه على
اجازة المستحق فان اجاز فلا رجوع له على البايع وان فسخ يرجع فاستوى الفصلان في جواز
الرجوع بالثمن عند فسخ العقد وقال في الفوايد الظهيرية قال بعض مشايخنا ما ذكر محمد رحمه الله في

قوله ما حصله بناية الامام وفي هذا التيد الحواب لا يخلف مما افاد فيهما ادم من

باب السلم

الجامع الصغير محمول على ان المشتري اقام البينة على اقرار البايع قبل البيع اما اذا اقام بينة على
اقرار البايع ان رب العبد لم يامره بالبيع بعد البيع فتقبل بينته لان اقدام المشتري على الشرا يناقض
دعواه اقرار البايع بعدم الامر قبل البيع اما لا يناقض دعواه اقرار البايع بعدم الامر بعد البيع وقال
ومسلة الزيادات يجب ان يكون محمولة على هذا ايضا وهو اخذ عاجل باجل واختص بهذا الاسم
لاختصاص بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل احد البدلين وتاجيل الاخر كذا في الكافي ودلالته على
تعجيل احد البدلين ظاهرة لان التسليم هو الادا. والتسلم هو الاخذ اما على تاجيل الاخر فغاية ما يمكن
فيه ان السلم يتضمن عبارة عن اعطا زيادة الثمن والتزام الثمن الزايد في العادة لا يكون
الا بمقابلة الاجل فينبئ اللفظ عن تاجيل احد البدلين ايضا **قوله** السلف المضمون اطلق لفظ السلف
على السلم لان السلف ينبئ عن النقل وفي السلم نقل راس كذا في الحاشية ووجه انبايه عن النقل
ان السلف في اللغة ذكرت انه ينبئ عن التقدم ونقدم احد البدلين انما يكون بنقله وتاجيل
الاخر ووصف السلف بالمضمون لكون المعقود عليه فيه وهو المسلم فيه مضمونا اي واجبا في الذمة
والا فالسلف عبارة عن العقد وانه ليس بواجب في الذمة ~~باب السلم~~ **قوله**
~~فادخلها في بابه لانا نبين في هذا القيد اذ الجواب المختلف فيما اذا بين فيها اولم يبين~~ **قوله** وهو
قوله تعالى اذا تداينتم بدين اي تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه ذكر الدين ليرجع الضمير اليه في قوله
فاكتبوه اذ لو لم يذكر لوجب ان يقال فاكتبوا الدين فلم يكن النظم بذلك الحسن كذا في الكشاف
وفيه نظر لجواز ان يقال اذا تداينتم الى اجل فاكتبوه بجعل الضمير للمداينة المدلول عليه بقوله
تداينتم او الدين المفهوم من تداينتم على نحو اعدلوا هو اقرب للتقوى او للاجل المسمى المذكور **قوله**
ان السلم بيع ما ليس عنده وقد نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فهذا يدل على
مقدور التسليم وايضا الدراهم والدنانير يجعلان راس المال والانما لا يصلحان مبيعين فعلم ان المبيع
هو المسلم فيه **فان قلت** كيف قيل في تعريف السلم هو اخذ عاجل باجل وانه ينبئ عن كون الاجل
هو المسلم فيه ثمنا لدخول البا الذي يدخل على الاثمان عليه **اجيب** بان المسلم فيه وان كان مبيعا وراس
المال ثمنا في الحقيقة لكن للمسلم فيه شبهة بالثمن ولراس المال بالمبيع على ما عرف فعرفوه بالتعريف
المذكور اعتبارا للشبهة **قوله** لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه يشكل بما اذا باع الجذع
بالثوب حيث جعل الجذع ثمنا تصحيحا للتصرف بقدر الامكان وقد مر في الكتاب فقد صحح العقد بتغيير
المحل الذي اوجبا العقد فيه ويمكن ان يجاب بان التصحيح بتغيير المحل انما لا يجوز اذا كان فيه تغيير
لاصل التصرف كما في اسلام الثوب في الدراهم لان التصحيح فيه بتغيير المحل يجعل السلم بيعا والبيع

السلم تصرفان متغايران حتى يشترط للسلم ما لا يشترط للبيع ويفسد ما لا يفسد البيع فلا يصح على وجه
يتغير اصل التصرف اما بيع الجذع بالثوب فتصحيحه بجعل الجذع ثمنا لا يغير اصل التصرف حيث يبقى مقايضة
كما كان ولا يبالي بتغيير المحل انما يبالي به اذا تضمن تغيير اصل التصرف كما في اسلام الثوب في
الدراهم هذا ولكن من جعله بيعا فقد جعل اسلام الثوب مثلا في الدراهم مجازا عن بيع الثوب به
كانه قال بعت منك هذا الثوب بالدراهم فما اوجبا العقد في الدراهم بل في الثوب من الابتدا. لا
بطريق التغيير اذ التغيير بنا. على حقيقة اللفظ لا على المجاز والمراد هو المجاز دون الحقيقة
قوله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة وفي الايضاح
وانما جوز السلم في الثياب استحسانا لانها مصنوع العباد والعبد يصنع بالالة فاذا اخذ الصانع
والالة يتحد المصنوع ولا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقليل التفاوت يتحمل في المعاملات ولا
يتحمل في الاستهلاك فان الاب لو باع يتغبن يسيرا كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا يجب عليه الضمان
قوله فيصير مكيلا باصطلاحهما **فان قلت** فيجب ان لا يجوز بيع كيلا منها بكيلين منه لانه
بيع المكيل كيلا مع التفاضل عند اتحاد الجنس **قوله** ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش
في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة وقد يشكل بان الحيوانات تقسم عند اتحاد
الجنس قسمة الجمع وعلله المصنف في كتاب القسمة بان التفاوت في الحيوانات يقل عند اتحاد الجنس
وقال هنا ان فيها تفاوتا فاحشا فلا بد من التوفيق وبيان الفرق بين جواز القسمة في الحيوانات
وعدم جواز السلم فيها توضيحه انها ان كانت ما يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا كما اشار اليه هنا وجب
ان لا يصح القسمة لعدم المعادلة وان كان مما لا يتفاوت احاده كما اشار اليه في القسمة يصح
السلم لان التفاوت اليسير متحمل فيه وجوابه ان السلم عرف جوازه بالنص بخلاف القياس
والنص اعني قوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ورد في المكيل
والموزون فلا يلحق به الا ما كان في معناهما كالثياب التي تنسج على منوال واحد والحيوانات
ليست في معناهما لان التفاوت فيها وان كان يقل بالنسبة الى بني ادم حتى يكون الذكر والانثى
من بني ادم جنسين ومن الحيوانات جنسا واحدا فهو اكثر مما في الثياب المنسوجة على نسق واحد
على ما لا يخفى فلا يلحق بالمكيلات بقي على القياس ولما كان التفاوت قليلا في الحيوانات
بالنظر الى ذاتها صحت القسمة فيها بالجبر لامكان المعادلة عند اتحاد الجنس وقلة التفاوت فحصل
الجواب وحصل التوفيق **قوله** او منقطعا فيما بين ذلك وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين
اشتراط الكمال في نصاب الزكوة فانه تعتبر فيه اوله واخره ولا يشترط الكمال فيما بين ذلك وكذا لا يرد
الدم في الحيض يشترط في اوله واخره لا فيما بين ذلك وكذا في تعليق الطلاق حيث يشترط الملك في

اوله واخره لا فيما بين ذلك والفرق ان اشتراط الكمال في النصاب جميع السنة يشق اعتباره لانه ملكه
طريق والسوائم في القبانة تعرض التلف وكما يزداد بالتوالد ينتقص باسباب تؤدي الى التلف ولا
يمكن للمالك ان يطلع على كميتها كل ساعة وكذا الدراهم والدنانير قد ينتقص بالقلب والتصرف
فيه وبحصولها ساعة فساعة فشق اعتبار الكمال في اثناء الحول فاعتبر الاول والاخر وكذا في
مسئلة الحيض تعذر اعتبار الدرور في جميع المدة لانها لا تدر جميع المدة عادة بل تدر مرة وتنقطع
اخرى فاعتبرنا الاول والاخر واما مسئلة التعليق فالملك انما يشترط عند التعليق فيما لا يتيقن بوجود
الملك عند وجود الشرط ليصير الجزاء غالب الوقوع عند وجود الشرط فيفيد التعليق فايدته من
حمل او منع وعند وجود الشرط لينزل الجزاء ولا وجه لاشتراط فيما بين ذلك وفي مسئلتنا
الموجب لاشتراط القدرة فيما بين العقد والمحل موجود وهو احتمال وجوب التسليم ملكا فيما بين
ذلك بان يصير السلم حالا بموت المسلم اليه ولا تحقق في اشتراط القدرة على التسليم فيما بين العقد
والمحل فلا بد من اعتباره **قوله** وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل سواء
كان موجودا عند العقد او لم يكن وسواء كان منقطعا فيما بين ذلك او لم يكن **قوله** ولا
خير في السلم المجتهد اذا استنبط حكما بالراي فان كان عنده الجواز يقول لا خير وان كان
الجواز يقول لا باس رعاية للادب وتحرزا عن القطع في احكام الشرع بالراي كذا في الكافي
وفيه نظر لان قوله لا خير نفي الجنس مبالغة في نفي الجواز فكان اقوى من قوله لا يجوز
في نفي الجواز فلا يكون فيه التحرز عن القطع **قوله** ولانه مجهول للتفاوت وفي الذخيرة
قال بعت منه عرضا بكذا وكذا منا من اللحم وبين اوصافه وموضعه صح دعواه بناء على ان المكيل
والموزون اذا قوبل بعرض واستعمل استعمال الثمن فهو ثمن وهو مشكل عندي هذا لفظه وجه
الاشكال والله اعلم ان اللحم ان كان مما يعلم بالوصف وجب ان يصح السلم والا وجب ان لا يصح
جعله ثمنا ايضا وينبغي ان لا يصح دعواه بجهة الثمنية ايضا الا ان يقال بان هذا الجواب محمول على
قول ابي يوسف ومحمد لان اللحم يصير معلوما ببيان الوصف والموضع عندهما **قوله** والتضمين
بالمثل لا لانعدام التفاوت بل لان التضمين بالمثل اعدل منه بالقيمة لانه تضمين بما يماثله صورة
ومعنى مع نوع تفاوت والقيمة لا يماثله من حيث الصورة اصلا كذا في الكافي **وفيه نظر** لما
ذكرنا من الايضاح ان قليل التفاوت يتحمل في المعاملات لا في الاستهلاكات حتى لو اسلم في ~~الكتاب~~ الثياب
يجوز ولو استهلك ثوبا واتى بثوب يساويه في الذرع والصفة والصنعة لم يجبر على القبول فينبغي
ان يجوز السلم في اللحم اهدارا للتفاوت اليسير في المعاملات كما في الاسلام في الثوب وان
تضمن بالقيمة دون المثل اعتبارا للتفاوت اليسير في الاستهلاكات كما في استهلاك الثوب فتدبر

وكذا الاستقراض بعد التسليم بالمثل اعدل ... بالمثل

وبعد التسليم فالمثل اعدل منه كلا ان يقال التفاوت اليسير في الثياب يوجب اختلاف القيمة فالثوبان
يختلفان في القيمة عرفا عند التفاوت اليسير وهما لا يخلوان من التفاوت اليسير بل ولا يضمن الثوب
بالمثل لما فيه من احتمال نقصان حق المالك في المالية المقصودة به ورعاية الصورة على وجه يتوهم
نقصان اصل الحق وهو المالية لا يجوز لانها تبع فلا تراعى لا بعد رعاية الاصل وحيث تعذر رعاية
الاصل عند رعاية الصورة يترك رعايتها واما اللحم فالتفاوت اليسير فيها لا يوجب تفاوتا في القيمة
ادمي تام بقيمة واحدة كلا عند التفاوت الفاحش فكان التضمين بمثله اعدل لان فيه رعاية حق
المالك في المالية والصورة ثم التفاوت فيها ان كان يسيرا فهو اكثر منه في الثياب لوجود ما يوجب
التفاوت وهو اختلاف الفصول اما الثياب فمصنوعة العباد وقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على
منوال واحد فكان الثياب في معنى المكيل وقد مست الحاجة الى السلم فيها فيلحق به في جواز السلم
واللحم ليست في معناه والحاجة الى الاسلام فيها ليست بماسة فلا يلحق به **قوله** ولا عند القبض
يعاين فيعرف مثل المقبوض يعني ان التفاوت في اللحم تقل بمعاينتها عند القبض فيصير
كالمثلي فيصح لاستقراض **فان قلت** فيجب ان يصح استقراض الثوب بالطريق الاولى لان
التفاوت فيها قليل وبالمعاينة يصير اقل **اجيب** بان الاقراض عارية وحكمها رد العين غير
انا اقمنا المثل صورة ومعنى مقام العين والتفاوت في الثياب وان كان اقل فهو يوجب التفاوت
في القيمة عرفا ومع التفاوت في القيمة التي هي المقصود لا يمكن اقامة المثل مقام العين فبطل القرض فيها
بخلاف اللحوم فانها لا يتفاوت قيمة وما في صددها من التفاوت اليسير فيزول بالمعاينة عند القبض
فيلتحق بالمثلي في الاستقراض **قوله** لاطلاق الحديث ورخص في السلم قلنا نعم رخص في السلم
ولكن السلم هو بيع مضبوط الوصف في الذمة الى اجل لقوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم لكن ان اراد السلم المشروع فليسلم في ما يمكن ضبطه بالوصف الى اجل
معلوم ليتحقق السلم المشروع وقد اجيب عن الحديث بان ما روي حكاية حال ولا عموم له وقد — في الكافي
اريد به السلم المؤجل اجماعا فلم يرد غيره لئلا يتعمم وانه مشكل لظهور ان قول الراوي رخص في
السلم ليس حكاية لفعل الرسول على معنى انه عليه السلام اسلم حتى لا يحتمل التعميم ولا اطلاق
لوجوب صدور الفعل على كيفية خاصة من التاجيل او الحلول بل هو حكاية قوله اذ معنى قوله
رخص قال السلم مباح او قال اسلموا او نحو ذلك مما يدل على اباحة السلم ولا شك ان قول النبي
صلى الله عليه وسلم يحتمل الاطلاق والتعميم وقد حكى الراوي الرخصة التي ثبتت بالقول مطلقا
فيثبت كذلك لا يقال جاز ان يكون الراوي قد فهم الترخص بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فان
فعله عليه السلام ايضا يوجب الاباحة عندنا لانا نقول لو كانت الرخصة بالفعل لما حكاه مطلقا بل يجب

عليه ان يقيده بالوجه الذي نعلم اذ الفعل لا يكون الا بوجه خاص فيثبت حكم الرخصة مطلقا علم انه فهم الرخصة
من قوله عليه السلام لا من فعله وقوله يحتمل العموم والاطلاق والله اعلم قوله ولا يصح عند ابي حنيفة
رضي الله عنه الا بسبع شرائط وقد يقال بل لا يصح الا بتسعة شرائط هذه السبعة والثامن تعجيل راس
المال والتاسع القدرة على تحصيل المسلم فيه بان لا يكون منقطعا وقت العقد ووقت المحل وفيما بين
ذلك فلا وجه للتخصيص بالسبع وجوابه ان المقصود بيان الشرائط القولية التي يجب ذكرها في العقد
واما هي سبع ليس الا بخلاف تعجيل راس المال والقدرة على التحصيل فانهما لا يتعلقان بالذكر بل هما من
الشرائط الفعلية قوله سقية او بخسية السقي ما يسقى سيحا والسيح رفتن آب ولب روان والبخسي
خلاف السقي منسوب الى البخس في الصراح بخس زميني كه بي آب دلات برويانند قوله والاصل
فيه اي في اشتراط هذه الشرائط ما روينا من قوله عليه السلام من اسلم فليسلم الى اخره فهذا النص
بعبارته يدل على اشتراط معلومية القدر والاجل ومعلومية الجنس والنوع والصفة بالدلالة لانه
ما شرط معلومية القدر والاجل الا للاحتراز عن الجهالة المفضية الى المنازعة وكل جهالة يفضي
الى المنازعة يجب الاحتراز عنها ايضا وجهالة النوع والجنس والصفة كذلك فيجب ان يحترز
عنها باشتراط اعلامها واثر الدلالة في تعميم العبارة اي من اسلم فليسلم على وجه لا يفضي الى المنازعة
قوله لا يتعلق العقد على مقداره لا في القبض ولا في الرد بخلاف ما اذا اسلم الحنطة مثلا فانه
اليها مجازفة وان كان لا يتعلق العقد بمقداره قبضا فهو متعلق بمقداره ردا بعد فسخ السلم اذ
المكيل لا يتعين في الرد وان كان يتعين بالاشارة في القبض اما الثوب فيتعين في الرد
ايضا فان قلت ربما يهلك الثوب فيقع المنازعة في القيمة بحسب الاختلاف في الذرع اجيب
بان رد القيمة ليس من موجبات العقد بل من ضرورة تعذر رد راس المال والا فالواجب هو رد
عين راس المال عند الفسخ وتسليم عين المسلم فيه عند عقده قوله فلو لم يعلم مقداره فان قيل
فيه اعتبار شبهة الشبهة لانه يحتمل ان لا يجد زيفا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك
الاستبدال في المجلس محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازلة عنها قلنا هذه شبهة واحدة لان
كلا منها مبني على وجود زيف كذا في النهاية وفيه نظر لما عرف ان اعيان التركة اذا كانت
غير معلومة وصالح الوارث مع احد الورثة على مكيل او موزون فالصلح جائز في الصحيح من الرواية
وان كان فيه احتمال الربوا ولكن لما كان احتمال الاحتمال بان لا يكون نصيب في التركة من
جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون اكثر من بدل الصلح او اقل لم يعتبر ولا يخفى ان
الشبهة في مسألة الصلح نظرا الى بناء الاحتمال على واحد لا يخرج الشبهة عن عدم الاعتبار لان
يقال جواز الصلح مع بناء الاحتمال على واحد بناء على ان الصلح متى تردد بين الجواز والفساد

يحكم بالجواز صرح به في الذخيرة وذلك ان الصلح في الاصل لدفع الخصومة والمنازعة ومما لا يفضيان
الى التفاوت فما كان مفضيا الى ارتفاعهما كان واجب التصحيح ما امكن بخلاف العقود الاخر وكذلك
يقال ان الشبهة النازلة معتبرة في السلم لشرعه مع المنافي وان كانت لا يعتبر في غيره قوله
ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال اه قلت ذكر في خزانة الفقه رجل باع من اخر عبدا بثوب
موصوف في الذمة فان لم يضرب للثوب اجلا لا يجوز لان الثوب لا يجب في الذمة الا سلما والاجل شرط
وان ضرب للثوب اجلا جاز لانه وجد شرط جواز السلم ولو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد
لان هذا العقد اعتبر سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد ويجوز ان يعتبر في عقد واحد
حكم عقدين كالهبة بشرط العوض هذا كلامه والله اعلم بالصواب قوله ما يثبت منها دين على المسلم
اليه انما قال على المسلم اليه لان الدين لو كان على ثالث يبيع الفساد لانها ليست بمال في حقهما
قوله ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع الا اذا كانا يعلمان عدم الدين ثم كان فاسدا لانه بيع
بلا ثمن قوله اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق اذ التقابض في اقالة الصرف
شرط بالاجماع الا ان يقال اقالة الصرف صرف من وجه وفسخ من وجه فاكتفى فيها بالقبض
الاعتباري وهو قبض عوض البدل اذ قبض العوض في حكم قبض المعوض بخلاف عقد الصرف
والسلم لوجود ما يوجب اشتراط القبض من كل وجه فلا يكتفي فيه بالقبض الاعتباري وهو قبض
العوض لانه قبض من وجه دون وجه قوله والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز
قلت نعم لكن المعنى الغرر على اعتبار الهلاك على احتمال الغرر في التصرف في المسلم فيه بان الاجري
منتفيا وذلك ظاهر لان يقال المسلم فيه في حكم عين منقول والغرر في المبيع المنقول متحقق
في الاعم والاغلب وعدمه في التصرف في المسلم فيه بعارض الدينية الحقيقية نادر بالنسبة الى
جنس المنقول والاحكام تبتني على الاعم الاغلب لا النادر قوله ولانه اخذ شبها بالمبيع لان
الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه والمبيع مما يجب بالعقد
وهذا مما يسقط فلا يكون مبيعا فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله ولو لم يجعل مبيعا يبطل الاقالة
الا يرى انهما لو تقايلا في البيع وهلك المبيع بعد الاقالة قبل القبض يبطل وهنا لما تقايلا وسقط
المسلم فيه صار كالهالك فكان ينبغي ان لا يصح الاقالة وهي صحيحة وما ذلك الا ببقاء المبيع وذلك
بجعل راس المال مبيعا كذا في الشاهان وهنا بحث اما اولا فلان صحة الاقالة لو كانت مبنية على جعل
راس المال مبيعا لما صحت بعد هلاكه كما في البيع وهي صحيحة وجوابه ان راس المال اذا كان مما لا يتعين
فهو انما يهلك اذا مات المسلم اليه مفلسا لانه دين وهلاك الدين بموت المديون مفلسا ولا ريب ان
المسلم اليه اذا مات مفلسا فلا تصح الاقالة وان كان مما يتعين فهو اذا هلك تقوم قيمته مقامه فيمكن ان

اذا كان ما لا معين

وجوابه انه وجد العمة بالاقالة توجب عينها ولا تستدعي صحتها الى تحقق وجد العمة قبلها الا يرى ان لراس المال لا يجب على المسلم اليه وان صح لها فكذا وجد العمة بما اذا كان لراس المال عينا تكون صحتها لها لا ابقائها وذلك ان لراس المال لا يحل مسعا للعص يحي البيع فيها وثبوت المبيع في ملك البايع من احكام الاقالة المتاخرة عنها دون الرابط المتقدمة عليها ووجود راس المال والعينة كثبوت ملك البيع

يجعل قيمته مبيعًا تصحيحا للاقالة هذا وفي الذخيرة في الفصل السادس من كتاب الصلح ان المسلم فيه وان كان دينا فقد اعطي له حكم العين وانما جعل دينا في انه يقبل الاجل وانه يسقط بالابرا وفيما عدا هذين الحكمين فله حكم العين فصار كما يقابله من العوض لا يمنع الاقالة ابتدا ولا بقا كما لو اشترى عرضا بعرض وهلك احدهما لا يمنع الاقالة ابتدا ولو هلك بعد الاقالة فلا يمنع بقاءها واما ثانيا فلان التصرف في المبيع بعد الاقالة قبل القبض نحو ما جاز حتى لو اشترى عبدا وتقابضا ثم تقايلا ثم باع من المشتري قبل ان يقبضه صح فاذا جاز التصرف فيما هو مبيع حقيقة فلان يجوز في راس المال بان يشتري من المسلم اليه به شيا وهو مبيع حكما اولى وجوابه ان قوله ولانه اخذ الخ دليل على حرمة التصرف مع غير المسلم اليه بان اشترى به شيا من غير المسلم اليه اما الشرى به من المسلم اليه فانما يحرم بالنص **فان قلت** قد جعل هذا دليلا على حرمة التصرف مع المسلم اليه حيث قال في وضع المسالة لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه شيا على ان الشرا براس المال من غير المسلم اليه انما لا يجوز لانه شرا بدين على غير البايع وانه لا يجوز لان الدين ليس بمال في حقهما الا انه تصرف في المبيع قبل القبض **اجيب** بالتزام ان المراد بقوله لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه شيا هو حرمة التصرف فيه بطريق عموم المجاز ويجوز ان يثبت حرمة الشرا براس المال من غير المسلم اليه بانه شرا بدين على غير البايع وبانه تصرف في المبيع قبل قبضه واما ثالثا فلانهم اجمعوا على ان الاستبدال ببدل الصرف بعد الاقالة قبل القبض جايز مع ان بدل الصرف اقوى في كونه مبيعا من راس المال وجوابه يخرج من جواب الشبهة الثانية واما رابعا فلانهم صرحوا بان الاقالة في السلم فسخ من كل وجه وليس ببيع لان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط المسلم فيه اصلا فلم يكن فيها معنى البيع وذكر هنا ان اقالة السلم فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما كالاقالة في ساير البيوع وصرحوا ايضا بان الاقالة في السلم لا يحتمل الفسخ حتى لو اختلفا بعد الاقالة في راس المال فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان لان التحالف شرع للفسخ واقالة السلم لا يحتمل لان المسلم فيه يسقط بالاقالة فلو انفسخت كان حكمها عود المسلم فيه والساقط لا يعود واما الاقالة في البيع فحكمها عود المبيع الى البايع فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشتري والعين مما يحتمل العود كذا ذكر في التحالف فلو كانت صحة الاقالة في السلم باعتبار جعل راس المال مبيعا لكانت الاقالة فيه اثباتا للمبيع لا محض اسقاطا كالاقالة في ساير البيوع اذ راس المال يثبت بالاقالة ولا يسقط به واما المسلم فيه فسقوط لا يضر لانه ليس بمبيع في حق الاقالة بل هو كالثمن وسقوط الثمن بالاقالة لا ينافي فسخها فكذا سقوط المسلم فيه الذي هو كالثمن في حق الاقالة وغاية ما يمكن ان يقال ان اقالة السلم اسقاط في الحقيقة لا انه جعل راس المال مبيعا تصحيحا للاقالة فينبغي فيما وراءه اسقاطا محضا فلا تحتمل الفسخ واما

خامسا فلما سبق ان كون الاقالة بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع لا مقتضى الصيغة فاذا كان امرا ضروريا لا مقتضى الصيغة ينبغي ان لا يحتال في اثباته بعد ما تحقق مقتضى صيغته وهو الفسخ بل يجب ان يحكم بكونه بيعا في حق الثالث اذا ثبت به مثل حكم البيع وفسخا محضا ان لم يثبت فاما التكلف لاثباته بان يجعل غير المبيع مبيعا مع تحقق مقتضى صيغته على الكمال فلا حاجة اليه وجوابه ان الاقالة ان كانت فسخا بمقتضى صيغته فعقد الفسخ مشروع لاعادة المبيع الى ملك البايع حتى ينفسخ بهلاكه قبل القبض ومن ضرورة الاعادة كونه بيعا في حق الغير فكان اعادة المبيع الى ملك البايع وكونه بيعا في حق الثالث لازمان للاقالة فحيث تعذرت الاعادة وكونه بيعا في حق الثالث تعذرت الاقالة ايضا اذ لا ثبوت للشي بدون لوازمه واقالة السلم جايزة ولا اعادة فيها فجعلنا راس المال مبيعا تحقيقا لما هو من لوازم الاقالة من اعادة المبيع الى ملك البايع وكونه بيعا في حق الثالث ~~لازمان للاقالة فحيث تعذرت الاعادة وكونه بيعا في حق الثالث تعذرت الاقالة ايضا اذ لا ثبوت للشي بدون لوازمه واقالة السلم جايزة ولا اعادة فيها فجعلنا راس المال مبيعا تحقيقا لما هو من لوازم الاقالة من اعادة المبيع الى ملك البايع وكونه بيعا في حق الثالث~~ واما سادسا فلان راس المال ان اخذ شبها بالمبيع فحرمة التصرف في المبيع قبل القبض لمعنى الغرر في لا تحرم التصرف الذي لا يفسد بالغرر كالاعتاق ولا غرر في شراء شي براس المال اما اذا كان من الاثمان فلانه لا يتعين واما اذا كان عرضا فلان الاقالة في السلم لا يحتمل الانفساخ حتى يظهر في للاخرة انه تصرف في ملك غيره وجوابه ان الاقالة في السلم ان كان لا يحتمل الفسخ فيما اذا اسلم عرضا في كر حنطة يحتمل ان يكون اقالة على قيمته بان هلك العرض قبل القبض فيظهر في الاخرة انه لم يملك العرض بالاقالة فاذا اشترى به شيا كان فيه غرر الانفساخ لاحتمال ان يهلك العرض قبل القبض فينتقل الاقالة منه الى قيمته يوم القبض فيظهر انه تصرف في غير ملكه ولا يخفى بالغرر سوى هذا واما سابعا فلانه لا يمكن ان يجعل راس المال مبيعا فيما اذا كان من الدراهم او الدنانير لما عرف ان الاثمان لا يصلح مبيعا حتى لا يجوز السلم فيها بان يسلم حنطة في الدراهم او الدنانير وقد مر وجوابه ان الاثمان انما لا يصح جعله مبيعا اذا لم يتحقق الضرورة اليه اما اذا تحققت بان كل دل الدليل على صحة التصرف وكانت صحته مبنية على جعل الاثمان مبيعا فيصح حينئذ ان يجعل مبيعا الا يرى انه يجعل كل من بدلي الصرف مبيعا ضرورة ان الصرف بيع جايز بالاجماع ولا بد للبيع من مبيع وليس احدهما باولى من الاخر فجعل كل مبيعا وقد ~~تحققت الضرورة اليه اما اذا تحققت بان دل الدليل على صحة التصرف وكانت صحته مبنية على جعل الاثمان~~ في اقالة السلم ايضا لانها صحيحة ولا وجه لصحتها سوى جعل راس المال مبيعا

واما هنا فلان المسلم اليه لا يحرى ... الكالي بالكالي لا يشبه البيع ... وصح الفسخ كالعرض المبيع بخلاف الثمن ... العقد عنه ... الفسخ مع ان الاستبدال ... الكالي جائز

لما ان الاقالة بيع جديد في حق الثالث فلا بد له من مبيع ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
راس المال مبيعا اما لو اسلم حنطة في الدراهم او الدنانير فللضرورة صير الى جعل الاثمان مبيعا لعدم
الدليل على صحة هذا الصرف من نص او اجماع فبقي على اصل القياس **قوله** لانه دين مثله انما اعتبر
المماثلة في الدينية مع ان العين اقرب الى جعله مبيعا اذ العينية اصل في المبيع لان اقالة السلم
في حق الثالث في حكم السلم المبتدإ وعينية المبيع في السلم مفسدة للسلم فكذا في اقالته يجب ان
يكون المبيع دينا فاعتبر المماثلة في الدينية ليصح جعله مبيعا في اقالة السلم الذي هو في حكم السلم
الذي يجب ان يكون المبيع فيه دينا **فان قلت** فما تقول فيما اذا كان راس المال عرضا معينا
اجيب بانه ان كان هالكا فلما قالة يكون على قيمته وانه دين مثل المسلم فيه وان كان قايما فهو
مضمون عليه بعد الاقالة بالقيمة فكان في حكم الدين ثم قد يناقش في المماثلة فيما اذا كان راس
المال من الاثمان فان كالحنطة مثلا يصلح مبيعا حتى يصح السلم فيه اما الاثمان فلا يصلح مبيعا
حتى لا يجوز السلم فيها فلا مماثلة **قوله** الا انه لا يجب قبضه في المجلس جواب شبهة وهي انه لما كانت
الاقالة بيعا جديدا وكانت اقالة السلم بمنزلة بيع السلم وكان قبض راس المال في مجلس السلم شرطا
فيجب ان يكون قبض راس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطا قياسا لحكم الانتهاء بالابتداء
فاجاب بان الاقالة في كونه بيعا ليس كابتداء السلم لانه بيع في حق الكل وهذا فسخ في حق المتعاقدين
وليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من كل وجه اشتراطه في البيع من وجه كذا في الشرح
وفيه نظر لما عرف لنا ان التقابض في بدلي الصرف واجب بعد الاقالة لان التقابض حق الشرع
والاقالة في حقه بيع جديد وكما ان اقالة الصرف بيع جديد في حق الشرع كذلك اقالة السلم كانه بيع
راس المال من رب السلم بالمسلم فيه فينبغي ان يشترط قبضه في المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين
بدين واما قوله ليس في حكم الابتداء من كل وجه قلنا اقالة الصرف ايضا ليس في حكم الابتداء من
كل وجه مع ان التقابض شرط فيها فالاظهر ان يقال كان ينبغي ان يشترط قبضه في المجلس تحرزا
عن الكالي بالكالي لانه بيع في حق الثالث كانه بيع راس المال بالمسلم فيه الا ان معنى البيع
هنا احتمالي يثبت بجعل غير المبيع مبيعا تصحيحا للاقالة فلا يظهر الا في حق التصحيح وكان
فيما وراءه فسخا محضا حتى لا يحتمل الدفع والابطال فلا يشترط قبضه في المجلس **قوله** لانه ليس
في حكم الابتداء من كل وجه لا في حق المتعاقدين ولا في حق غيرهما اما اقالة الصرف فهي ان
لم يكن في حكم الابتداء في حقهما فهي في حكمه في حق غيرهما من كل وجه بان معنى البيع فيه ليس احتماليا
بخلافه هنا وتحقيقه ان معنى المبيع في السلم في حق غير المتعاقدين لما كان احتماليا حاصلا بجعل
الراس المال مبيعا كان بيعا في حق الثالث من وجه ولو كان بيعا في حقه من كل وجه لكان

شبهة للكالي بالكالي فلما كان بيعا في حقه من وجه تنزلت فيه شبهة الكالي بالكالي الى شبهة
الشبهة والاحتراز عن شبهة المحرم ان كان واجبا فعن شبهة الشبهة غير واجب هذا ولكن
لقايل ان يقول فعلى هذا يجب ان لا يحرم التصرف فيه قبل القبض ايضا لانه لو كان بيعا في حق
الثالث من كل وجه لكان التصرف في راس المال قبل القبض تصرفا في مال الشبهة كونه مبيعا
فلما كان معنى البيع فيه في حق الثالث احتماليا كان بيعا في حقه من وجه فكان التصرف فيه
قبل القبض تصرفا فيما له شبهة شبهة كونه مبيعا والشبهة النازلة غير معتبرة **قوله** لم يكن
قضاء الخ **قلت** قد اشار فيما تقدم الى ان الكيل انما يشترط لحل التصرف في المشتري مكايلة او موازنة
لا لصحة القبض واشار هنا الى انه شرط لصحة القبض وتحقق القضاء والله اعلم **قوله** وهو محمل
الحديث وانما حمل على هذا لان اشتراط الصاعين انما هو لنفي احتمال الاختلاط بالزيادة التي هي
حق البايع حتى لا يشترط الكيل اذا اشتراه مجازفة ولا شك ان هذا الاحتمال يندفع بكيل البايع
بحضرة المشتري فلا حاجة الى كيل اخر فلا بد وان يحمل الحديث على اجتماع الصفقتين ليفيد واذا
اجتمعتا يشترط الكيل لا بد من الكيلين لكل صفقة كيل اذ الكيل في كل منهما معدوم بالنسبة الى الاخرى
ولقايل ان يقول ان الصاعين في الحديث مفسران بصاع البايع وصاع المشتري وفي مسئلة السلم
كل من الصاعين صاع المشتري اذ الصاع الاول من قبل المسلم اليه وانه مشتر للكر والثاني من
قبل رب السلم وانه مشتر ايضا لان قبض المسلم اليه بمنزلة شرائه من المسلم اليه كما ذكر تحقيقه
في الكتاب **قوله** والسلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق ويقال السلم وان كان سابقا
فالتسليم والتسلم بحكمه متحقق في الحال والكيل من متمماتهما فلا يعتبر به الا عند تحققهما فسبق السلم
لا ينافي وجوب الكيل بل يوجبه عند التسليم او التسلم لانه بيع مكيل مكايلة او موزون موازنة فيجب
فيه الكيل احترازا عن الزيادة فلا حاجة الى اعتبار القبض بيعا ابتداء بما لوجوب كيل اخر بل
يكفيه ما سبق من السلم الا يرى انه لو كال المسلم اليه المسلم فيه بحضور رب السلم فقبضه بعد حلول الاجل
وسلمه الى رب السلم فقبضه لا يجب عليه كيل اخر ولو كان قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لزم
ان لا يكتفي بكيل المسلم اليه بحضور رب السلم قبل قبضه لعدم اعتبار الكيل قبل البيع وحيث اعتبر
هنا علم ان الكيل هنا ليس الا للسلم ولا عبرة للقبض في حق وجوب الكيل **قوله** وانه بمنزلة ابتداء
البيع **قلت** ان اراد انه بمنزلة بيع العين براس المال لا يعين بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه
يشكل بما ذكر في الكافي انه لو قبض البر المسلم اليه مع العيب الحادث عند السلم لانتقاض القبض
وان ابى فذلك لحدوث عيب اخر ولا شيء عليه للذهب في ذمة رب السلم مثل ما قبض ثم
صار قصاصا بماله عليه فلو اخذ بالعيب ثانيا اخر لصاد المثل بالمثل والفضل ربا وقال ابو يوسف

ثم قد يشكل بان الكر المشترى ... رب السلم ... الدين ... [illegible] حصة من المال المدفوع ... ثم على البائع الكر ... على نفي ... اذا كان ... المطلوب ... الكيل ... على التقضا ... المشترى بشرط ... بلا كيله [illegible]

ان ابي ان يقبله معيبا رد عليه ما قبض ورجع عليه بما شرط كما سي اصلا في قبض الزيوف مكان الجياد
وقال محمد سوان ابي ان يقبله رجع عليه بقدر النقصان من راس المال لانه منع عنه بعض المبيع
فيرجع بنقصان الثمن عن لفظه فلو كان قبض المسلم فيه في حكم الشراء براس المال وجب ان
يرجع بنقصان العيب اذ احدث في يد رب السلم عيب اخر لانه لا يجب للمسلم اليه في ذمة القابض
مثل المقبوض وانما يجب مثل المقبوض في ذمته ان لو جعل ذلك شراء بما في ذمة المسلم اليه من الطعام
وايضا لو اسلم في ثوب وسط فاتاه المسلم اليه بثوب جيد فقال خذ هذا وزدني درهما اوجاء بثوب اردى
فقال خذ هذا وارد عليك درهما جاز في الوجه الاول دون الثاني وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة انه
جاز في الوجهين ولو كان السلم في الحنطة وجاء باجود او اردى على ان يزيد درهما او يرد درهما
لم يجز في الوجهين قال ابو يوسف **قلت** لابي حنيفة ما الفرق قال لان بيع الثوب بثوبين
جائز وبيع القفيز بقفيزين لا يجوز يعني ان الربوا لا يجري في الثياب ويجري في الحنطة فقد
اشار به الى لزوم الربوا في مسألة الحنطة وعدمه في مسألة الثوب ولا يخفى ان الربوا انما يلزم ان
لو جعل قبض رب السلم بمنزلة بيعه بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه اما لو جعل ذلك بيعا براس
المال فلا يعرف بالتامل وان اراد بيع العين بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه يشكل بما لو اسلم الى
رجل مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائة درهم الى سنة فقبض
فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك انه لو جعل قبض المسلم فيه
بمنزلة بيع العين بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه لم يلزم في المسألة المذكورة شراء ما باع باقل مما باع
وهو ظاهر وايضا اذا احرز العدو كر بر مسلم بدار ثم دخل مسلم دار الحرب واسلم الى العدو
مائة درهم في كر بر فلما حل السلم قبض السلم بالكر المحرز فان المالك ياخذ كره بمائة درهم فلو كان
قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء بيع العين بالكر الواجب في الذمة لما اخذ المالك القديم في المسألة
المذكورة بمائة بل كان ينبغي ان لا ياخذ اصلا لانه لو اخذ حينئذ اخذ بالمثل وانه لا يفيد والجواب
ان المراد من بيع العين بالكر المسلم فيه غير ان هذا على اعتبار الحقيقة فيكون العين بمقابلة الكر
فيلزم الربوا في المسألة الاولى والثانية ومن حيث ان المقبوض عين المسلم فيه في الحكم لا ربوا
فيه فتحقق شبهة الربوا وهي ممنوعة وفي المسألة الثالثة على هذين الاعتبارين شبهة شراء
ما باع باقل مما باع وانه ايضا غير جائز واما مسألة العدو فانا لو اعتبرنا هذا بيعا بالكر المسلم فيه
اعتبارا للحقيقة ينقطع حق المالك ولو اعتبر العين بمقابلة راس المال اعتبارا للحكم لم ينقطع
فلا ينقطع بالشك على ان رعاية حق المالك القديم واجب الرعاية ما امكن فاعتبرنا فيه جانب
الحكم وللاحتراز عن الربوا وعن شراء ما باع باقل مما باع واجب ايضا ما امكن فاعتبرنا الحقيقة في

لاول

الاول والحكم في الثاني اخذا بالاحتياط فيما يجب الاخذ به والله اعلم **قوله** لان القرض اعارة
فان قلت قد ذكر المصنف رحمه الله قبيل باب الربوا ان القرض اعارة ابتداء معاوضة انتهاء
فلم لا يعتبر معنى المعاوضة هنا **اجيب** بان القرض عارية حقيقة ومعنى المعاوضة فيها ضروري
يثبت ضرورة انه لا ينتفع المستقرض الا باستهلاكه فيجب عليه رد المثل ضرورة ومن معنى المعاوضة فلما كانت
عارية حقيقة معاوضة ضرورة اعتبرنا الحقيقة دون ما ثبت بالضرورة حتى قلنا ان اقراض اهل المفاوضة
لا يلزم صاحبه لانه اعارة وليس بمعاوضة **فان قلت** لو كان القرض اعارة وجب ان لا يملك المستقرض
عين ما عين القرض كما هو مذهب ابي يوسف رحمه الله حتى يجوز له ان يشتري عين القرض من المقرض عنده
وان كان قد قبضه **قلت** انما يملك عندهما ضرورة تمكنه من الانتفاع والثابت بالضرورة لا يعدو
موضعها فيكون عارية فيما وراء ذلك حتى ان المقرض يملك ان يطالب المستقرض بتسليم عين دراهم
القرض ما دامت باقية **وفيه نظر** اذ ملك المستقرض اذا لم يكن ظاهرا فيما وراء الانتفاع وجب
ان يصح شراؤه من المقروض عندهما وهو غير صحيح ولان التمكن من الانتفاع لا يحتاج الى ملك العين
بل يكفيه ملك المنافع وبه نقول لان الانتفاع بالقرض لا يمكن الا باستهلاكه فيملك استهلاكه بضرورة
الاعارة ورضا المقرض به لان عين القرض يدخل في ملكه وفي الذخيرة لو اقرض على ان يكتب له الى
بلد كذا لا يجوز لان القرض وان كان بمنزلة العارية في بعض الاحكام الا انه معاوضة في الحقيقة
فيفسده الشرط الذي يفسد البيع هذا كلامه وهو نص صريح بخلاف ما ذكر في الكتاب من ان معنى
المعاوضة غير معتبر في القرض وان المردود فيه حكم عين الماخوذ مطلقا **قوله** لان الامر
بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر **فان قلت** صحة الامر ايضا بشرط لحصول القبض الا يرى
انه لو كان في غرائر رب السلم طعام وامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله فيه فكاله يصير قابضا
بالاتصال بالملك في الاصح وان كان الامر لم يصادف ملك الامر وكان الاتصال بالملك يوجب القبض
فكذلك الوقوع في غرائر المشتري ايضا يوجب على ما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله والقبض بالوقوع في
غرائر المشتري فكما لا يشترط صحة الامر لحصول القبض بالاتصال بالملك يجب ان لا يشترط لحصوله بالوقوع
في غرائره ايضا **اجيب** بان الوقوع في غرائر المشتري انما يكون قبضا اذا كانت الغرائر في يده
وان لم يكن كذلك الا بصحة الامر وصحة ان دفع الغرائر الى البائع ليكيل فيه طعامه اعارة فيكون
في يده لا في يد المشتري فلا يصير المشتري به قابضا ودفعها اليه ليكيل فيه طعام المشتري توكيل له
بامساكها فيكون الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيه يصير في يده ايضا فيكون قابضا اما الاتصال بملك
المشتري فهو قبض مطلقا فيكون الامر بالخلط بملك المشتري اسلا بالتسليم وامر رب السلم بالتسليم صحيح
وان كان لا يصح بغيره فلما صح امره يصير قابضا بالخلط اما الامر بالكيل في غرائر رب السلم فغير صحيح

لانه لو صح لصح من حيث انه امر بالتسليم والتسليم لا يكون الا اذا كان الغرا بين يد المشتري وهو ليس
في يده لمكان الاستهلاك على ما بينا. قوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعيب قلت مثل
هذا الاحتمال لكونه غير ناشئ عن دليل غير معتبر حتى لا يقدح في قطعية المطلق فكانه اراد بامكان
ارادة البداية بالعيب عدم استلزام الرضا بالمطلق رضاه بالخلط والاستهلاك وذلك انه انما رضي بكيلهما
في غرايره وكيلهما فيها لا يستلزم الخلط حتى يكون الرضا به رضا بالخلط قوله وعندهما بالخيار انشاء
شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وهذا ظاهر فيما اذا خلط الحنطة بالحنطة او الشعير
بالشعير مثلا اما اذا خلط المائع بغير جنسه كالخل بالزيت فينبغي ان ينفسخ البيع عند الكل لان
هذا الخلط استهلاك صورة ومعنى بالاجماع حتى لو خلط المودع الخل الوديعة بالزيت ينقطع حق المالك
الى الضمان عندهم جميعا ولو خلط المائع بجنسه كالخل والزيت بالزيت ينبغي ان يجعل الاقل تابعا
للاكثر عند ابي يوسف رح لما عرف من مذهبه في مسئلة الوديعة انه في خلط المائع بجنسه يجعل
الاقل تابعا فما ذكر في الكتاب على وجه الاطلاق من قوله وعندهما بالخيار لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما مشكل قوله وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فان قلت راس المال حالة الفسخ
احد شقيها بالمبيع قلت جعل كذلك احتياطا حتى لا يجوز التصرف فيه قبل القبض واعتبر الحقيقة هنا
والشبهة ثمة عملا بهما كذا في الشاهان فيه انه لو لم يجعل راس المال مبيعا يبطل الاقالة الا يرى انهما لو
تقايلا وهلك المبيع قبل القبض يبطل الاقالة وهنا لما تقايلا وسقط المسلم فيه صار كالهالك فينبغي ان
لا يصح الاقالة ومع صحيحة ولا ذلك الا بجعل راس المال مبيعا هنا كلامه وهذا تصريح بان صحة
الاقالة في السلم مبنية على جعل راس المال مبيعا فلا يكون جعله مبيعا من الاحتياط فالاولى
هو ما ذكرنا من الجواب عنه قوله ولانه احق شبها بالمبيع فيلحق به قوله لان رب السلم
متعنت في انكار الصحة والمنكر انما يصير خصما اذا انكر استحقاقا عليه اما اذا انكر حقا له فهو متعنت
وليس بخصم فلا يتوجه عليه اليمين لانها شرعت لقطع الخصومة ودفع الاستحقاق فلا يكون الا على الخصم
والمتعنت ليس بخصم دافع عن نفسه استحقاقا واذا لم يكن رب السلم منكرا استحقاقا عليه التحق
الانكار بالعدم ولم يبق منه الا دعوى الفساد من غير انكار استحقاق عليه وصاحبه يدعي الصحة
فيكون القول له اذ الظاهر ~~كان للمشتري بالخيار لانه اشترى شيئا لم يره ولو نعقد اجازة ابتداء~~
~~وانفساخ لم يكن له الخيار كما في الخياطة ولو كان ينعقد بيعا عند التسليم لا قبله باعتقد لم يثبت خيار~~
~~الرؤية لانه يكون مشتريا ما رآه والمعنى ان المستصنع طلب منه العين والعمل واعتبارهما في حالة~~
~~واحدة متعذر لان البيع والاجارة يتنافيان فجوزنا الاجارة ابتداء لان علم المعقود عليه لا يمنع انعقاد~~
~~الاجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حقهما~~ فان قيل لو كان يجعل

بالخل

الاجارة

شاهد له وهذا بناء على اصل وهو ان احد المتعاقدين اذا ادعى الصحة والاخر الفساد فان كان
مدعي الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاق مال بلا عوض يعدله فالقول لمدعي الصحة فان كان يدفع
عن نفسه ذلك فالقول له لانه اذا كان لا يدفع عن نفسه استحقاق مال يبقى من جانبه مجرد دعوى
الفساد فلا يقبل قوله لان الظاهر شاهد لمدعي الجواز لان العقل والدين يمنعانه عن مباشرة العقد
الفاسد وعن دعوى الجواز كذا بالظاهر عقل مدعي الجواز شاهد له من كل وجه والقول لمن
يشهد له الظاهر فمن كان شهادة الظاهر له اكثر كان قوله اولى بالقبول فاذا كان يدعي الفساد
يدفع استحقاقا لو جعلنا القول لمدعي الصحة فقد جعلنا مستحقا على صاحبه بشهادة الظاهر والظاهر
لا يصلح للاستحقاق ومتى جعلنا القول لمدعي الجواز اذا كان مدعي الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاقا
فقد اعتبرنا شهادة الظاهر لدفع صفة المعصية عن فعلهما والمعاصي ابدا يدفع عن المسلمين بشهادة الظاهر
اذا ثبت هذا فنقول رب السلم لا يدفع عن نفسه بدعوى الفساد استحقاق مال لان راس المال ان
كان يستحق عليه لكنه يستحق بعوض يرد عليه وهو المسلم فيه والاستحقاق بعوض يعدله لا يعتبر استحقاقا
كما في بيع العين اذا ادعى احد المتعاقدين الصحة والاخر الفساد فالاستحقاق بعوض يربو عليه اولى
ان لا يعتبر قوله لانه متعنت ولو كان غير دافع عن نفسه استحقاقا من غير الحاق ضرر به لم يكن
القول له فلان لا يكون القول له وهو لا يدفع عن نفسه استحقاقا مع انكار ما ينفعه اولى فان
قلت المسلم اليه ايضا متعنت بدعوى الصحة اذ المسلم فيه يربو على راس المال قلت بل هو دافع
عن نفسه المعصية وهو من هذا الوجه ليس بمتعنت واما رب السلم فمتعنت بانكار ما هو نفع محض
وبدعوى الفساد ايضا فلان يكون خصما واليمين انما يتوجه على الخصم قوله لانه يربو على راس المال
فان قلت راس المال ايضا يربو من حيث انه نقد والنقد خير من النسيئة والمسلم فيه نسيئة
قلت هذا التعليل فيما اذا اختلفا بعد حلول الاجل اما قبل حلوله فانما لا يكون لرب السلم لانه
لا يدفع عن نفسه استحقاقا بلا عوض يعدله لان راس المال يستحق عليه على تقدير جواز العقد بعوض
يعدله من حيث ان راس المال ان كان نقدا فالمسلم فيه يربو عليه قيمة فكان كل منهما يعدل الاخر
ولا استحقاق بعوض يعدله كلا استحقاق والمسلم اليه وان كان ينكر استحقاق استرداد راس المال اذا كان
قد قبض فهو ايضا ينكر استحقاقا بعوض يعدله فبطل جهة الاستحقاق من الجانبين فبقي دعوى الفساد من
غير دعوى الاستحقاق فيكون القول لمن ينكر الفساد اذ الظاهر يصلح لدفع المعصية عن فعل الغير وفي هذا
التقرير نظر لانه لو لم يعتبر الاستحقاق بقي مجرد دعوى المعصية والفسق وانها لا يوجب اليمين ولا يقبل
البينة عليه اذ الفسق لا يدخل تحت الحكم فالاولى ان يقال لما استويا في جانب الاستحقاق رجحنا قول مدعي
الصحة لان شهادة الظاهر في جانبه اكثر قوله وان كان منكرا فان قلت كما ان الظاهر شاهد لمدعي

صاحب

الصحة من حيث ان دينه وعقله يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد فكذا الظاهر شاهد للمنكر من حيث انه الاصل
من براءة الذمة وعدم الاستحقاق فما وجه الترجيح قلت المنكر للصحة كالراجع عن الاقرار لاقدامه على السلم اولا فمنه
لصحته بحكم الظاهر فلا يعتبر انكاره لانه بعد الاقرار ولابي يوسف ومحمد انه اعتبر الانكار بظاهر قوله عليه السلام واليمين
على من انكر وجوابه ان المراد بالمنكر في الحديث من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمدعي الصحة ولا اصلية الذمة
ان كان من البراءة لكن بعد ما اقر بشغل الذمة دلالة صار الظاهر من الشغل والاستحقاق قوله فالقول قول رب السلم
لان المسلم فيه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل فان قلت رب السلم يدعي الاجل يدعي استحقاق المسلم فيه فلو
كان القول مع يمينه لما استحق باليمين وانما هو شرعت لا للاستحقاق بل للدفع اجيب بان الاستحقاق مضاف الى اقرار المسلم
اليه لا الى اليمين وذلك ان الاقرار بعقد السلم اقرار بالاجل لانه عاجل باجل وانه لم يشرع الا بالاجل فان قلت
يجب ان يتحقق رب السلم بلا يمين كما اقر المسلم اليه بالصحة وكونه موجلا صريحا اجيب بان هذا الاقرار ثبت
بحكم الظاهر فلا يثبت الاستحقاق الا اذا تايد باليمين ومتى تايد بها ثبت الاستحقاق بها لا باليمين نفسه فان
قلت متى كان له اقرار بعقد السلم اقرارا بالاجل كان انكاره بعد ذلك تناقضا فينبغي ان لا
يقبل البينة عليه وقد ذكر في الذخيرة انه قامت البينة للحمل يقبل واذا قامت لهما قبلت بينة مدعي الاجل
لانه يثبت شرطا تنفيه البينة الاخرى اجيب بان المباشر للعقد ليس بمقر بما يتوقف عليه صحته حقيقة
بل جعل مقرا به شرعا نظرا الى الظاهر لكن ما لم يثبت الفساد المحتمل بالبينة لا مطلقا اذ العقد يحتمل
ان يكون فاسدا وان كان خلاف الظاهر والبينة وضعت لاثبات ما هو محتمل غير ظاهر فلذلك وان
يقبل على دعوى الفساد فيتوقف جعله مقرا الى ان يثبت الفساد بالبينة بالضرورة ولا منافاة بين
جعله مقرا في الشرع الى ان يثبت الفساد بالبينة وبين دعواه الفساد ليقيم عليه البينة بخلاف
ما لو اقر به حقيقة وذلك ظاهر قوله بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم قلت صرح بالفرق
بين مسئلة السلم والمضاربة بجهة اللزوم وعدمه بعدما اشار الى فرق آخر بقوله وقد اتفقا على عقد واحد
من حيث انهما اتفقا في مسئلة السلم على عقد واحد وفي المضاربة ادعى المضارب المضاربة ورب
المال الاجارة اذ المضاربة اذا فسدت صارت اجارة فاسدة وانما اعرض عن بناء المخالفة بين
المسئلتين على هذا الفرق مع ان الامذهب نظرا ان يقول بخلاف مسئلة المضاربة لانهما لم يتفقا
على عقد واحد لان هذا الفرق كانه زيف عنده لانا لا نسلم انهما لم يتفقا على عقد واحد في مسئلة
المضاربة اذ المضاربة الصحيحة اجارة جوزت على خلاف القياس لانه استيجار ببعض ما يخرج من
عمله ولو سلم فيجب ان يتخالفا لان كلا منهما يدعي على صاحبه عقدا ينكره الآخر فلا يكون القول لواحد
منهما قوله فالقول لمدعي الصحة منهما قلت هذا اذا لم يدفع مدعي الفساد بدعواه استحقاقا
عن نفسه اما اذا ادعى بدعوى الفساد فالقول لمدعي الفساد نظيره ان البايع اذا ادعى

الاكراه

الاكراه في البيع والتسليم والمشتري يدعي الطوع فان ادعى البايع البيع باقل من القيمة فالقول له
لانه يدفع الاستحقاق وان ادعى البيع بمثل القيمة فالقول للمشتري لان البايع لا يدفع الاستحقاق من
نفسه ثم القول انما يكون لمدعي الصحة اذا لم يثبت سبب الفساد بقول من يدعيه اما اذا ثبت ذلك لقوله
فالقول لمدعي الفساد نظيره اشترى جارية فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء فادعاه
البايع فقال المشتري الحبل لم يكن في ملكك انما اشتريتها وهي حاملة وقال البايع بل اصل الحبل كان
في ملكه فالقول للبايع وان ادعى فساد العقد لان سبب الفساد وهو علوق الولد من البايع ثبت
بقول البايع اذ الظاهر شاهد له من حيث انه منكر من الوطي وان العلوق حادث فيضاف الى
اقرب الاوقات كان المستصنع بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولو انعقد اجارة ابتداء وانتهاء لم يكن
له الخيار كما في الخياطة ولو كان ينعقد بيعا عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه
يكون مشتريا ما رآه والمعنى ان المستصنع طلب منه العين والعمل واعتبارهما في حالة واحدة
متعذر لان البيع والاجارة يتنافيا فجوزنا الاجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد
الاجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حقهما فان قيل لو كان ينعقد
اجارة لكان الصانع يجبر على العمل والمستصنع على اعطاء الدراهم كما في سائر الاجارات ولو انعقد
الصانع بموته صنعه قبل العقد برئ عن الذمة بالاستصناع ولو انعقد اجارة الستحق عليه العمل
بطل العقد قلنا انما لم يجبر الصانع على العمل لانه لا يمكنه الا باتلاف عين والاجارة يفسخ
بهذا العذر كالمزارع له ان يمتنع من العمل اذ كان البذر من جهته ولا يجبر المستصنع على اعطاء
الدراهم وان شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الآخرة شراء ما لم يره وكان له ان يفسخ العقد ولا
يعطي الثمن واما قوله لو اتى بموته صنعه قبل العقد لم يجبر على العمل قلنا المقصود من العمل
المعمول فاذا سلم المعمول سقط عنه هذا كله من الذخيرة قوله كرب المال اذا قال للمضارب
شرطت لك نصف الربح الا عشرة هذا هو الصواب من النسخ ووقع في بعضها شرطت لك نصف الربح
وزيادة عشرة وهو ليس بصحيح لان في قوله وزيادة عشرة القول قول المضارب بالاجماع كذا في
الشرح قوله بخلاف مسئلة المضاربة وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده الفرق بين المضاربة
والمتنازع فيه بان في المتنازع فيه اتفقا على عقد واحد وفي المضاربة اختلفا اذ رب المال ادعى
الاجارة فان المضاربة متى فسدت كانت اجارة فاسدة واذا جازت كانت شركة فادعى المضارب
المضاربة والشركة وانكره رب المال واقر له بالاجارة فيكون القول لرب المال وهنا اتفقا
على عقد واحد وهو السلم فان السلم الحال سلم فاسد وليس بعقد آخر الا يرى انه يحنث في
يمينه لا يسلم واختلفا في جوازه وفساده فكان القول لمدعي الجواز كذا في الشرح وهذا ظهر ضعف

ماذكر في الكافي في كتاب المزارعة انه لو قال رب الارض دفعت الارض بالنصف وقال المزارع
لابل شرطت لي نصف الخارج وزيادة عشرة اقفزة وكان ذلك قبل العمل فالقول لرب الارض علي
قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه علي قول من اجازة المزارعة لان القول لمدعي الصحة عنده
كما في السلم وعندهما القول للمزارع لانه كان لزم العمل عليه هذا لفظه ووجه المعونات المزارعة
كالمضاربة من حيث ان كلا منهما اذا صحت كانت شركة واذا فسدت كانت اجارة فوجب علي اصل
ابي حنيفة رضي الله عنه ان يكون القول للمزارع كما في المضاربة لان كلا من المزارع ورب
الارض يدعي عقدا اخر والقول انما يكون لمدعي الصحة اذا اتفقا علي عقد واحد ثم ذكر في
الشرح فان قيل هذا الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما اذا قال شرطت لك نصف الربح وزيادة
عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول للمضارب ولم يقل انهما اختلفا في نوع
العقد قيل هذا لا يلزم لان المضارب وان ادعي المضاربة والشركة الا ان رب المال اقر لك
لما قال شرطت لك نصف الربح وهو بقوله وزيادة عشرة يدعي فساد العقد بعد ما اقر له بالجواز
لان قوله وزيادة عشرة معطوف علي قوله شرطت لك نصف الربح فاول الكلام لا يتوقف علي وجود
كمن قال انت طالق وطالق لغير المدخول بها بخلاف ما لو قال الا العشرة لان هذا استثناء فاول
الكلام ما يقف علي الاستثناء هذا لفظه وفيه نظر اذ المعطوف اذا كان مغيرا لاول الكلام
توقف عليه اوله كما يتوقف علي الشرط والاستثناء الا يري انه لو زوجه الفضولي اختين في عقدين
فقال اجزت هذه وهذه بطلا جميعا وعلله الاصوليون بان صدر الكلام وضع لجواز النكاح
واذا اتصل به اخره سلب الجواز عنه فصار اخره وهو قوله وهذه في حق اوله وهو قوله اجزت
نكاح هذه كالشرط والاستثناء ولا يخفي ان قوله شرطت لك نصف الربح موضوع للجواز وقوله
وزيادة عشرة سالب للجواز عنه فكان ينبغي ان يتوقف اول الكلام علي اخره هنا ايضا ويكون قوله
وزيادة عشرة بمنزلة الاستثناء وهذا بخلاف قوله لغير المدخول بها انت طالق وطالق لان
اخر الكلام فيه لا يغير اوله فلا يتوقف عليه والجواب ان قوله وزيادة عشرة ابطال لا تغيير
محض والابطال لا يصح وان كان موصولا وبيانه ان قوله شرطت لك نصف الربح اقرار بتعلق
حق المضارب بنصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة يدعي فساد عقد المضاربة وفيه ابطال
حقه في الربح فلا يصدق في ذلك فصار كما لو اقر انه له علي الف من ثمن عبد ولكني لم اقبض
فانه لا يصدق في انكار القبض لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الي كلمة علي وانكار
القبض في غير المعين بناء في الوجوب اصلا لان الجهالة يوجب هلاك المبيع فيمنع وجوب الثمن
فكان رجوعا فكذا في مسئلتنا اقر بتعلق حق المضارب بالنصف رجوعا الي قوله شرطت لك نصف

الربح ثم يريد بقوله وزيادة عشرة ابطاله فلا يصدق فلا يتوقف اول الكلام عليه كما لا يتوقف فيما اذا
قال لغير المدخول بها انت طالق وطالق بخلاف مسئلة الفضولي لان اخر الكلام هناك وهو قوله
وهذه مغير لاوله من الصحة الي الفساد وليس بابطال لحق احد لا يقال في تغيير عقد النكاح من الصحة
الي الفساد ايضا ابطال لحق المراة في المهر لان المال في باب النكاح غير مقصود انما المقصود من
العقد لا غير فلا يبالي ببطلان التابع بخلاف الربح في المضاربة فانه مقصود فافترقا هذا غاية ما يقال
في تصحيح ماذكره الشارح ولكن لو كان قوله وزيادة عشرة ابطالا لزم ان لا يقبل بينة رب المال
عليه فلا يكاد يستقيم هذا الجواب الا ان يثبت ان البينة عليه غير مقبولة من رب المال ولكن
ذكر في الذخيرة انه اذا ادعي احد المتعاقدين انه شرط النصف وزيادة قفيز وادعي الاخر انه شرط
النصف واقاما علي ذلك بينة فالبينة بينة مدعي الزيادة ويثبت فساد المزارعة فالاوضح ان يقال قوله
وزيادة عشرة ان كان بيان التغيير كقوله وهذه في مسئلة الفضولي الا ان المبين انما يصدق في
البيان من غير حجة اذا كان بيانه انكارا محضا اما لو كان بيانه دعوي شيء لنفسه فالقول لصاحبه
الا يري انه لو اقر بالدين الي شهر وقال المقر له هو حال فالقول قول المقر له وان كان قول
المقر الي اجل بيان تغيير الا انه دعوي الاجل لنفسه فلا يصدق فيه الا بحجة كذا هنا رب المال يدعي
بقوله وزيادة عشرة فساد عقد المضاربة بعد ما اقر له بما يصح المضاربة ولو اتفقا عليه والمضارب ينكره
فيكون القول للمنكر كما اذا اتفقا علي البيع وادعي اجلا مجهولا او خيارا مجهولا وانكر الاخر بخلاف
ما اذا استثني عشرة لان الاستثناء تكلم بالباقي والباقي مجهول وجهالة المشروط يمنع صحة العقد
فلم يتفقا هنا علي ما يصح به المضاربة بل ادعي احدهما اجارة فاسدة والاخر مضاربة صحيحة فكان
القول لرب المال بخلاف مسئلة الاختين فانه تغيير لا يتضمن دعوي شيء لنفسه فلا يكون نظير
مسئلتنا يوضحه ماذكر في الحاشية العلامية قبيل باب كفالة الرجلين عند قوله ومن قال لاخر لك
علي مائة الي شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لان بيان التغيير يصح موصولا اذا
لم يكن له مكذب وهنا مكذب فلا يصح فالفرق بين مسئلة الاختين ومسئلة المضاربة علي هذا ظاهر
لكان التكذيب في الثاني دون الاول والله اعلم قوله والصحيح انه يجوز بيعها لانها قبل التسليم
بدليل ان الصانع اذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولو انعقد بيعا لما بطل وانما لكان لا
يبطل بموته كما في بيع العين والسلم وقال محمد اذا الحق بتمام الصانع قوله لاعدة بدليل انه اجري
فيه والاستحسان والمواعدة يجوز قياسا واستحسانا وفصل في جوازه بين ما للناس فيه تعامل وبين ما
لا تعامل فيه ولو كان مواعدة لجاز في الكل واثبت فيه خيار الرؤية وهو انما يكون في البيع وسمي
شراء وقال المصنف اذا اراد دفع بالخيار لانه اشتري ما لم يره قوله الا بضرر فان قلت فيجاب

يفسد البيع كما لو باع جذعا من سقف فانه فاسد وعلله المصنف بقوله لانه لا يمكنه تسليمه الا بضرر اجيب
بان الضرر بقطع الصرم ونحوه مشوب بالنفع فاعتبر في اثبات الخيار دون الفساد وبعض السقف غير
مشوب به فاعتبر في الفساد وبان القول بالفساد غير ممكن هنا لمكان التعامل فاعتبر في اثبات الخيار
نعم يشكل بان العقد في الفسخ هو الضرر الزايل الذي لم يستحق بالعقد على ما يجي في الاجارة والضرر
في قطع الصرم مستحق ملحق به فلا يكون عذرا **قوله** ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب
صيد او ماشية تمسك باخر الحديث اما صدره فمتروك بالمقدمة الاجماعية التي اشار اليها في الدليل
الثاني وهي انه مال منتفع به في الحال او في المال فيصح بيعه **قوله** ولو سلم فيحرم التناول
دون البيع **فان قلت** بل يحرم البيع ايضا لان الشرع لما نجسهما فقد اهانهما وفي البيع اعزاز وهكذا
علل المصنف فساد بيع الخمر فيما تقدم **اجيب** بان النجاسة وان كانت بمعرض الاهانة لكن جواز
الانتفاع به شرعا يشعر بالعزة ولا انتفاع بالكلب جائز بالاتفاق فيكون ذا عزة من هذا الوجه والعزة
من وجه يكفي لصحة البيع اذ البيع اعزاز من وجه واستهانة من وجه بخلاف الخمر والخنزير انهما نجسان
والانتفاع بهما غير جائز اصلا فلا عزة بوجه فلا يصح بيعهما لما فيه من الاعزاز من وجه **قوله** فالنكاح
جائز **فان قلت** ينبغي ان لا يجوز قبل القبض **قلت** القدرة على التسليم شرط لجواز البيع ولم
يوجد ولا كذلك هنا كالتزويج الناشز والابق **وفيه نظر** لان بيع المرهون موقوف على الرهن
مع انه عاجز عن التسليم لان الراهن لا يقدر على تسليمه كالمشتري ولما كان عجز الراهن على شرف الزوال
فكذا عجز المشتري فالاوجه ان يقال انما لا يجوز البيع لما فيه من غرر الانفساخ والنكاح لا يبطل بالغرر
قوله وان لم يطاها فليس بقبض ذكر الصدر الشهيد اشترى جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم
البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض من اصله من
الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وذكر القاضي الامام في هذه المسئلة لو ماتت الجارية
قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومتى لم يطاها حتى ماتت يجب المهر للمشتري **قوله**
بيع العبد واوفى الثمن **فان قلت** هذا بيع ما لم يقبض **قلت** من مشايخنا من قال يقبض
القاضي ثم يقبض العبد للمشتري ثم يبيع ولكن فيه نظر لان المشتري ليس له ان يقبض قبل
نقل الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وقيل البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبايع
احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز ان يثبت الشي ضمنا وان كان لا يثبت قصدا كذا
في الفوايد الظهيرية والجواب من النظرات ان المشتري انما لا يتمكن من قبضه قبل النقد لحق
البايع اما اذا رضي البايع بقبضه فله ان يقبض فكذا وكيله والبايع هنا راض بقبض الوكيل
فيصح قبضه **قوله** والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض يجب بيع القاضي المبيع في دين

البايع

البايع لتعلق حقه بمالية المبيع حتى كان البايع احق بماليته من ساير الغرماء كالمرتهن عند ابي حنيفة
ومحمد وقال عيسى هذا قول محمد الاول وقوله الاخر كقول ابي يوسف قياسا على مسئلة المرتهن
ومذكرها والمعروف انه مع ابي حنيفة في هذه المسئلة ومع ابي يوسف في مسئلة الدهن **قوله** لانه ايجاب
له عليه ولا نظير له في الشرع **قلت** هذا الدليل لا يكاد يتم من قبل محمد لان الايجاب له
عليه جايز على اصله كما عرف في مسئلة رهن الابريق وهي ما اذا رهن ابريق فضة وزنها عشرة
دراهم بعشرة ثم هلكت فان كانت قيمته اقل فكذلك عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمة الابريق من
خلاف جنسه ويكون رهنا عنده لانه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر
بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس
كذا ذكر في كتاب الرهن فقد اوجب محمد الضمان على المرتهن وهو ايجاب ضمان له
عليه والجواب ان الايجاب له عليه انما يجوز عند محمد اذا دعت الضرورة اليه ولا ضرورة
متحققة في مسئلة الرهن لان المرتهن انما يقبض المرهون ليستوفي من محل اخر الا من عينه وهو
غير عالم به باستيفاء حقه من الرهن ايضا فانه لا يعلم ان الرهن يهلك في يده فيصير مستوفيا
به فلو تعذر الاستيفاء من الرهن لتضرر به كثير ضرر فاضطررنا الى نقض استيفائه بالتضمين
اما في مسئلة اخذ الزيوف مكان الجياد فلا ضرورة الى التضمين لانه قبض الزيوف ليستوفي حقه
من عينها والزيافة لا يمنع الاستيفاء فاذا هلكت تم استيفاؤه اما كونه غير عالم بصفة الحق
فلا يوجب التضمين لانه مقصر منه كما لو غصب طعاما فاطعمه مالكه من غير ان يعلمه به يبرأ
عن الضمان عندنا خلافا للشافعي لانه اداء كامل والخلل الذي ادعاه الشافعي هو انه ليس
باداء ما مور به اذ المرء لا يتحامى في العادات عن مال غيره في موضع الاباحة هكذا فذلك انما
يقع لجهله والجهل لا يبطل حقيقة الاداء هكذا ذكر الامام فخر الاسلام وكذا في مسئلتنا لما قبض
الزيوف ليأخذ حقه من عينها واهلكها تم الاستيفاء فلو نقض لكان باعتبار جهله بصفة المأخوذ
وهو مقصر منه فلا يعتبر

كتاب الصرف

قوله ولانه لا بد من قبض احدهما
ليخرج العقد من الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا **فان**
قلت قد مر في باب الربوا ان التعاقب في القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا اذ التجار لا
يفصلون بين المقبوض في المجلس وغيره وانما يفصلون بالاجل حتى لا يشترط التقابض في
بيع الطعام عندنا فلا معنى لاشتراط قبض البدل الاخر لتحقيق المساواة اذ الزيادة باعتبار
تعاقب القبض في المجلس لا يعتبر مزية **اجيب** بان هذه المسئلة كانها مبنية على ما ذهب اليه
الشافعي فانه لا يعتبر التفاوت الذي يكون باعتبار التعاقب في القبض حتى لا يجوز الافتراق

بقبض احد البدلين في بيع للطعام وجواب اخر قد مر في باب الربوا وهو ان المراد بالنقد
العين وبالمؤجل الدين وتعاقب القبض انما لا يعتبر تفاوتا في المال اذا كانا متعينين كالطعام
بالطعام اما التفاوت بين العين والدين فظاهر اذ العين مال حقيقة والدين مال باعتبار
عاقبة الاستيفاء ثم ذكر في المحيط في فصل القرض من كتاب البيوع ان في العقود كلها الشرط
تعيين احد البدلين حقا للشرع ليصير محل العقد موجودا فيه ان في باب الصرف لما لم يتحقق التعين
الا بالقبض شرط قبض احد البدلين المتعين وشرط قبض البدل الاخر حقا للعاقد تحقيقا للمساواة
بينهما هذا كلامه وهو تصريح بان اشتراط قبض البدل الاخر لحق العاقد وما ذكره المصنف هو من
ان الاشتراط للاحتراز عن الربوا يشعر بانه شرط لحق الشرع وسيجي التصريح به من قريب ايضا ثم ما
ذكر في المحيط يشكل بانه لو كان قبض البدل الاخر لحق العاقد وجب ان يسقط برضاه كما ان
المشتري يطالب اولا باداء الثمن لحق البائع ليتعين حقه في الثمن كما تعين حق المشتري في
المبيع ثم اذا رضي البائع بسقوط حقه يصح فكذا هنا قوله لما روينا يعني في باب الربوا وهو قوله
يدا بيد فان قلت قد سبق ان معنى يدا بيد عينا بعين فلا يكون دليلا على اشتراط التقابض
اجيب بانه لما وجب التعيين في الصرف بهذا النص وجب التقابض ضرورة ان الاثمان لا تتعين
الا بالقبض فاشتراط التقابض لضرورة وجوب التعيين لا لان المراد بقوله يدا بيد هو التقابض
حتى يلزم فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز على ان الجمع بينهما جائز على اختيار المصنف كما مر في العتاق
قوله لان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما وفيه بحث لان القبض في
بيع الدراهم بالفلوس شرط من احد الجانبين تحرزا عن الكالي بالكالي دون الاخر وان كان احدهما
ليس باولى من الاخر هناك فقد ذكر في شرح الطحاوي انهما اذا تبايعا دراهم بفلوس فالقبض
في احد الجانبين شرط لانهما لو افترقا من غير قبض حصل الافتراق عن دين بدين لان
الدراهم والفلوس لا يتعينان وان عينت وانما يتعين بالقبض ولو وجد التقابض من احد
الجانبين جاز لانه افتراق عن عين بدين وهكذا ذكر المصنف هو في اخر الصرف وهكذا ذكر
في الذخيرة مصرحا في غير موضع فكان هذا تعليلا جدليا اتى به لدفع الشغب ونظيره ما مر في
مسئلة بيع التمر بالرطب من قوله ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وهو قوله عليه السلام
التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فباخره وهو اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فهذا جواب
جدلي لدفع شغب الخصم ولانه غير تام الا يرى ان بيع الحنطة المقلية بغير المقلية غير جائز
مع ان المقلية ان كانت حنطة جاز البيع بقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة والا جاز بقوله
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم او نقول ذكر في الجامع الصغير ما يدل على لزوم التقابض

شرطا

شرط في بيع الفلوس فانه قال اذا باع فلسا بفلسين يجوز يدا بيد اذا كانا بعينه فمن مشايخنا من لم
يصحح ما ذكر فيه لان التقابض في بيع العينية انما يشترط في الصرف وهذا ليس بصرف ومنهم من صححه
لان الفلوس من حيث ان لها حكم العروض جوزنا بيع واحد باثنين اذا كانا عينين كما لو باع
سيفا بسيفين ومن حيث ان لها حكم الدراهم يشترط التقابض في المجلس مع العينية عملا بالدليلين
بقدر الامكان كذا ذكر في الذخيرة فيحمل هذا التعليل على هذه الرواية والله اعلم ثم قيل يشكل
بان الصرف بدين سابق جائز بان كان على اخر عشرة دراهم فاشترى بذلك العشرة دينارا جاز
ولا تقابض ثمه اذ الدين وصف لا يحتمل القبض وجوابه ان القياس يقتضي ان لا يجوز
ولكنا جوزنا بحديث ابن عمر رضي الله عنه انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا
بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير وبالدنانير واخذ مكانها دراهم فقال عليه السلام
لا باس به اذا افترقتما كذلك وليس بينكما عمل معناه اذا افترقتما ولا يبقى احد البدلين
دينا لاحدكما في ذمة الاخر ثم اختلفوا فقيل التقابض شرط الجواز وقيل شرط البقاء عليه
وقيل يشكل على الاول بان شرط الجواز ما يشترط حالة العقد كالشهادة في النكاح والمالية في
بيع العين فاما ما يجب بعد العقد يكون حكمه لا شرط جوازه واجيب عنه في الذخيرة بان شرط
الجواز ما يشترط مقارنا للعقد لان اشتراط القبض مقارنا له حقيقة غير ممكن من غير تراض
لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان المجلس
العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فكان القبض في مجلس العقد كالقبض حالة
العقد ولكن هذا مشكل لان شرط جواز الصرف التقابض قبل افتراق الابدان سواء تقابضا
في مجلس العقد او بعد قيامهما عن مجلسه قبل ان يفترقا بدنا والقبض بعد القيام عن
المجلس لا يمكن ان يعتبر قبضا حالة العقد لا حقيقة ولا حكما ولهذا لا يعتبر القبول بعد القيام
عنه قبل افتراق الابدان قوله باطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب وفيما بعده
والفضة بالفضة كذا في الشرح وفيه نظر لما مر في باب الربوا ان معنى قوله عليه السلام
في الحديث المعروف يدا بيد عينا بعين وهكذا روى عبادة بن الصامت فكان النص مقتضيا
لوجوب التعيين دون التقابض فلا يصح التمسك به لاشتراط التقابض فيما هو متعين كالمصوغ
قوله ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة وفيه بحث لان
هذه الشبهة لا تزول بالقبض لانه بالقبض لا يخرج عن كونه ثمنا خلقة حتى ينتفي به الشبهة الا
جارية في الاجل فلو اعتبرت هذه الشبهة لما افاد اشتراط التقابض شيئا ولما جاز بيع الاثمان بحاله
يرضيه لان القبض والصفقة كلاهما يوجب التعين العارضي على السواء فاعتبار القبض دون

الصفقة مالا وجه له على ان الصفقة يكون في التبر والتبر سلعة يتعين بالتعيين في رواية الجامع
الصغير حتى لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وهو الاصل لانها وان خلقت للتجارة
في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء اخر ظاهرا
كذا ذكر المصنف رحمه الله في الشركة وذكر في المبسوط بعد ما ذكر ظاهر الرواية بان الشركة لا يجوز
بالتبر فقال قد جعل التبر في كتاب الصرف كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين ثم قال والحاصل ان
هذا يختلف باختلاف العرف في كل موضع فان كانت المبايعة في بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين
ويجوز الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا يجوز الشركة به فظهر بهذا كله ان
الثمنية ليست باصل في التبر وانما يصير ثمنا باعتياد العرف والتعامل فاذا لم يكن الثمنية فيه اصلا
وباعتبار الذات كيف يثبت شبهة عدم التعيين فيه ما صيغ منه وكيف يصح التعليل بقوله لكونه ثمنا
خلقة وقد ذكر في كتاب الشركة ان الثمنية تختص بالضرب المخصوص وهو يدل على ان الثمنية
لا تعارض العرف **قوله** اعتبارا للشبهة في الربوا **فان قيل** فيه اعتبار شبهة الشبهة لان
التقابض فيما لا يتعين البدلان انما شرط لئلا يلزم شبهة الربوا باعتبار ان للنقد مزية ففيما يتعينان
او يتعين احدهما تنزل الشبهة الى شبهة الشبهة فيكون عدم جواز بيع المضروب نسيئة بقوله يدا بيد
لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف الى النص لا الى العلة فكانت الحرمة في هذه الصورة
باعتبار النص او نقول شبهة الشبهة انما لم يعتبر اذا لم يكن منصوصا عليها اما اذا كانت الحرمة
في الموضع الذي فيه شبهة الشبهة منصوصا عليها كان ثبوت الحرمة باعتبار النص لا الشبهة الشبهة
وفي بيع المضروب بالمصنوع جاءت الحرمة نصا وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الذهب
بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا يباع غايب منها بناجز وان استنظرك ان يدخل
في بيته فلا تنظره واسم الذهب والورق يتناول المصنوع منهما ايضا فكانت الحرمة بالنص لا
بشبهة الشبهة كذا في الشروح **قلت** لو كانت الحرمة بالنص ولم يكن فيها تاثير لشبهة الشبهة كان
الاشتغال بالتعليل بالشبهة النازلة اشتغالا بما لا يعنيه ولا يظن ذلك بمن له ادنى تمييز فكيف
بمثل المصنف رحمه الله ثم قال بعض المحققين من الاصوليين ان معرفة ما يتعين وما لا يتعين امر خفي
عند التجار فادير الحكم مع ما قام مقام الدين بالدين وهو اسم الصرف فاشترط القبض فيه على
الاطلاق **وفيه نظر** لان هذا الخفاء غير معتبر في الشرع الا يرى ان حكم التمييز وعليه مبتنى
في الشركة في حق التجار حتى انها تصح بما لا يتعين كالمضروب ولا يصح بما يتعين كالتبر ولا يدار ههنا
جوازه على اسم الذهب والفضة اعتبارا لخفاء معرفة ما يتعين وما لا يتعين كيف والخفاء
لجهله وهو ليس بعذر **قوله** قوله والمراد منه الافتراق بالابدان **فان قلت** وجب ان

بعد

يعتبر الافتراق عن المجلس لان التقابض انما اشترط في الصرف ليخرج العقد عن الدين بالدين وانما
يخرج عنه اذا حصل التقابض في المجلس من حيث ان ساعات المجلس كساعة واحدة فيكون
التعيين الحاصل في المجلس بالقبض كالتعيين في صلب العقد بخلاف ما اذا اختلف المجلس فان
ساعات المجلسين لم يعتبر كساعة واحدة في قبول العقد ورفع المفسد حتى لو اوجب البيع ثم قاما عن
مجلسهما ذلك فقبل الاخر لا يجوز وان لم يفترقا ابدانا وكذا لو باع بالرقم فاعلمه في المجلس جاز ولو
اعلم بعد القيام عنه لا ينقلب جائزا وان كانا لم يفترقا ابدانهما بعد فكذا في التقابض وجب ان
يعتبر افتراق المجلس لا افتراق الابدان **اجيب** بان التقابض في الصرف شرط بقاء على
الصحة لا شرط انعقاده صحيحا فلما انعقد صحيحا والمجلس قبل افتراق الابدان باق من وجه
دون وجه فمن حيث انه باق لا يبطل العقد ومن حيث انه زايل يبطل وقد وقع صحيحا فلا يبطل
بالشك بخلاف البيع بالرقم فانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا اذا اعلمه بعد القيام عن المجلس
قبل افتراق الابدان بالشك وكذا العقد لا ينعقد بالايجاب ما ذكر قبل افتراق الابدان
بعد الافتراق عن المجلس لبقاء المجلس من وجه دون وجه ولم يكن منعقدا فلا ينعقد بالشك
قوله في قبض راس المال السلم الحاقا لراس مال السلم ببدل الصرف لان القبض في
كل منهما لم يشترط الا ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم المعتبر في الصرف هو الافتراق بدنا فكذا
في السلم **وفيه بحث** لان القياس ان يشترط القبض في المجلس ليكون التعيين فيه كالتعيين
في صلب العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة غير انه اعتبر التعيين في الصرف قبل الافتراق
بدنا وان كان بعد المجلس بأثر ابن عمر بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا يصح الحاق
السلم به **قوله** فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لانه بالافتراق
قبل القبض يكون بيع الدين بالدين وهو باطل لانه قد صح بذلك في الكافي في كتاب
الصلح ويتفرع انه لو احال احد المتعاقدين في الصرف صاحبه على غيره ثم افترقا من غير قبض
بطلت الحوالة فلو لم يبطل الصرف بالتفرق بلا قبض بل يفسد لما بطلت ويتفرع ايضا ما يأتي انه
اذا باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا من غير قبض بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما
قبض وصار الاناء مشتركا بينهما فقد حكم بالشركة بمجرد الافتراق وذا دليل على بطلان البيع
وارتفاعه فيما لم يقبض **فان قلت** الشرع اوجب المماثلة والتقابض بقوله مثلا بمثل يدا
بيد ثم فوت المماثلة لا يبطل العقد وفوت التقابض يبطل فما وجه الفرق **قلت** ان بانتفاء
المماثلة لا ينعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فلا يبطل العقد وبفوات التقابض
يفوت ركنه لانه يصير بيع الدين والدين ليس بمال بل هو وصف حقيقة فلا يكون مبادلة

المال بالمال فيبطل العقد الا انهما اذا تقابضا في المجلس تعين ذلك الدين عينا وقت العقد
لان مجلس العقد له حكم حالة العقد لا يقال الدين اذا لم يكن مالا كيف يصح جعله ثمنا بدون
اشتراط القبض والثمن لابد وان يكون مالا لانا نقول انه ان لم يكن مالا حقيقة فله حكم المال
على ما عرف فيصح جعله ثمنا الا ان المالية الحكمية لا يكتفى بها لجعلها مبيعا لان المبيع اصل فلا
بد له من المالية الحقيقية بخلاف الثمن لانه تبع فيكتفي فيه بالمالية الحكمية والدين في الصرف
مبيع فلا يكتفي فيه بها هذا ولكن ذكر في الكافية في فصل الاستحقاق ما يدل على ان الصرف بالافتراق
لا عن قبض يفسد ولا يبطل حيث قال باع ابريقا بدينارين وقبض الابريق ونقد دينارا
وافترقا فسد في نصفه والكل ملكه نصفه بوصف الصحة ونصفه بوصف الفساد وللبايع
ان يسترد النصف فان غاب بايع الابريق واستحق رجل نصف الابريق فهو شايع وسوخصم
له لانه مملوكه هذا كلامه وهكذا ذكر في الذخيرة فالجمع بين هذا وبين ما ذكر في الصراف
بيع الدين باطل وليس يفاسد مشكل وجوابه مبايتك انشاء الله تعالى والله اعلم قوله
وفي تجويزه فوات لي فوات القبض المستحق فان قلت قد صح هبة بدلي الصرف والسلم
والابراء عنهما مع انه يوجب فوات القبض المستحق قلت صحة الهبة والابراء ليس باعتبار
انه هبة وابراء بل باعتبار انه فسخ للعقد الا يرى ان هبة الصرف وراس مال السلم والابراء
عنهما يتوقفان على القبول لانه فسخ واحد المتعاقدين لا ينفرد به بخلاف هبة ساير الديون
والابراء عنه فانهما لا يتوقفان على القبول واذا ثبت انه فسخ والمتعاقدين ولانه الفسخ
فيصح فنحن نتم هنا بحث ذكرناه في السلم وهو ان الاستبدال ببدل الصرف بعد الاقالة قبل القبض
بحكمها جايز وفيه تفويت القبض المستحق اذ التقابض في اقالة الصرف شرط بالاجماع قوله
وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب الخ فان قلت ما وجه قوله هذا بعد ما اقام الدليل
على فساد العقد في الثوب بقوله لان القبض مستحق حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته قلت
كان هذا الوجه غير مرضي للمصنف لان القبض المستحق انما يفوت بشراء الثوب ان
لو وقعت المقاصة بين بدل الصرف وثمن الثوب بنفس العقد وليس كذلك اذ من شرط
التقاص تجانس الدينين وهاهنا ليسا بمتجانسين لان بدل الصرف يجب تعيينه بالقبض وتعيين
بدل الصرف الثوب غير واجب ولا مجانسة بين العين والدين فلما لم يقع المقاصة بينهما امكن
ان يدفع ثمن الثوب الى بايعه ويقبض منه ما وجب له عليه من بدل الصرف فلا يفوت القبض
المستحق بشراء الثوب الا يرى انه لو اضاف السلم الى دين على المسلم اليه ثم نقد راس المال
في المجلس يصح السلم الا انهما لو افترقا من غير قبض بطل وكان البطلان مضافا الى الافتراق

من غير نقد لا الى الاضافة الى الدين كذا هنا لو افترقا بلا قبض بطل الصرف للافتراق لا عن
قبض لا بشراء الثوب به فلما لم يكن فوات القبض مضافا الى شراء الثوب ينبغي ان يجوز الشراء
قوله وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وفيه بحث اما اولا فلان هذا انما يكون بيع المبيع
قبل القبض اذا تعين البدل في البيع الثاني وليس كذلك واجيب عنه بان شبهة كونه متعينا ثابتة
في البيع الثاني من حيث تقدير الثمن به فتكفي ذلك لسلب الجواز اذ الشبهة ملحقة بالحقيقة ولكن
هذا الجواب غير مرضي لان ما لا يتعين بالتعيين لو كان مبيعا من كل وجه لكان في شراء الثوب به
شبهة التصرف في المبيع قبل القبض لكن بدل الصرف مبيع من وجه ثمن من وجه فبالنسبة
الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة واما ثانيا فلان حرمة بيع المبيع قبل القبض معلول بغرر الانفساخ
حتى جاز بيع العقار قبل القبض لانعدام الغرر فيه ولا يخفى انه لا غرر في شراء الثوب ببدل الصرف
لانه لا يتعين بالتعيين قوله ولكن يشترط القبض في المجلس يعني حقيقة او حكما والمجلس قبل
الافتراق بعد الذهاب عن المجلس باق حكما قوله والظاهر منه الاتيان بالواجب وقد يطلق
هذا بما اذا ضاق الوقت بحيث لا يسع فيه الا الواجب وصلى فيه بمطلق النية لا تجزيه عن الفرض
وان كان الظاهر منه الاتيان بالفرض لا بالنفل وجوابه يخرج مما ذكر في البزدوي من قوله
ومن حكمه اي حكم كون وقت الصلوة ظرفا للمؤدي لا معيارا له انه لما لزمه التعيين اي تعيين النية
لما قلنا من تعدد المشروع لم يسقط اي نية التعيين بضيق الوقت لان التوسعة افادت شرطا
زايدا وهو التعيين فلا يسقط هذا الشرط بالعوارض ولا بتقصير من العباد كذا في البزدوي وحواشيه
وتوضيحه ان تعيين النية هنا لما وجب على المكلف باعتبار توسع الوقت ووجود المزاحم لم يسقط
عنه بحكم الظاهر اذ الظاهر يكفي للابقاء دون الدفع والاثبات والحاجة هنا الى اسقاط ما وجب
من تعيين النية بخلاف مسئلة الجارية والطوق اذ البيع صحيح والحاجة الى ابقايه اذ التقابض
شرط بقايه على الصحة في الصحيح من المذهب فالحكم بفساده الا اذا افترقا لا عن قبض يقينا وهنا
قد وجد الافتراق عن قبض بحكم الظاهر ولو كان الافتراق عن قبض مع الافتراق لا عن قبض
سواء في الاحتمال لم يصح اثبات الحكم بفساد البيع المنعقد على الصحة فكيف وجانب الافتراق عن
قبض راجح بحكم الظاهر واما في الخ فلم يسقط هناك التعيين بظاهر الحال بل لدلالة العرف
اذ التعارف من الاشتغال بالفرض دون النفل مع شغل الذمة بالفرض ولا عرف في الصلوة
فان الانسان كثيرا ما يشتغل بالنفل مع شغل الذمة بالفرض بل ربما يترك الصلوة مع القدرة
عليه بالكلية فلم يبق للحكم لسقوط التعيين عن ذمته الا ظاهر حال المسلم بحكم الديانة ولكن
الظاهر لا يكفي لاسقاط الثابت هذا غاية ما يمكن هنا والله اعلم ثم يشكل بما ذكر في المحيط

حيث قال في فصل خيار العيب وفي المنتقى رجل اشترى كر حنطة بعشرة دراهم ولم يدفع اليه الثمن
حتى وجد بالكر عيبا ينقص العشر فاراد رده فصالحه البايع على كر شعير بعينه فانه جايز وهو
الشعير نقصان العيب وان بغير عينه ووصفه وسمي اجله فهو باطل لانه صار بمنزلة سلم لم يدفع
اليه راس ماله فان دفع اليه عشر الثمن وقال هذا حصة الكر الشعير فهو جايز والشعير سلم وكذلك
اذا دفع اليه كل الثمن ولو دفع اليه عشر الثمن ولم يقل هذا حصة الشعير فان الذي نقد من
جميع الثمن يثبت عشر كر الشعير ويبطل تسعة اعشاره هذا لفظه ووجه الاشكال ان نقد راس
المال واجب في المجلس مع انه لا يصرف اليه عند الاطلاق **قوله** وكذا لو قال خذ هذا من ثمنهما
لانه قد يكنى بالمثنى عن الواحد **قلت** فيه اشارة الى انه لو قال خذ هذا الخمسين من ثمن
السيف بطل العقد في الحلية ولكنه يشكل بما لو صالح الامام مع الكفار على ان ياخذ كل المال
من اراضيهم دون من جماجمهم او من جماجمهم دون اراضيهم لا يصح لان فيه اهمال جماجم الكفار
عن الجزية او اخلاء اراضيهم من الخراج وذا باطل ويقسم المال على الجماجم والاراضي بترتيب
مراتب الشرط يبطل ويبقى الصلح فصار كانه اجمل في البدل واطلق العقد كذا في الكافي في
السير في فصل ذكر بعد باب الجزية ووجه الاشكال انه كما لا يجوز اهمال واحد من الجماجم والاراضي
من الجزية والخراج لا يجوز الافتراق بلا قبض بدل الصرف فكما يحكم ببطلان تعيين المال
بمقابلة الجماجم او الاراضي ويجعل العقد مطلقا احترازا عن المحرم وجب ان يحكم ايضا ببطلان
تعيين النقود في مسئلة السيف المحلى بمقابلة السيف وجعله مطلقا احترازا عن ارتكاب المحرم
قوله وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية **فان قلت** فيه
تفريق الصفقة قبل القبض **قلت** تفريق الصفقة هو ان يقبل احدهما ويترك الاخر وهنا لم
يترك الاخر بل لم يحل في مبيعه لفوات الشرط وبعض المبيع اذا خرج عن المبيع لا يؤثر في
بطلان العقد في الاخر كما اذا مات احد العبدين قبل القبض فالعقد في العبد الباقي باق
لان الذي مات قبل التسليم صار كانه هلك قبل البيع وورد العقد على الباقي مفردا كذا
في الحاشية الكاملية **قلت** اما السوال فغير موجه لانه ان اراد ان فيه تفريق الصفقة قبل
القبض فينبغي ان يفسد العقد في السيف ايضا فلما عرف ان تفريق الصفقة لا يوجب فساد
العقد بل يوجب الخيار اشار اليه المصنف فيما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة القفزان
انصرف الى قفيز واحد حيث قال ثم اذا جاز البيع عند ابي حنيفة رح في قفيز واحد فللمشتري
الخيار لتفرق الصفقة عليه هذا لفظه فقد اثبت عند تفرق الصفقة الخيار دون الفساد ولئن
اراد ان فيه تفريق الصفقة فينبغي ان يكون له الخيار في السيف قلت المصنف رح لم يتعرض

للخيار

الخيار لا نفيا ولا اثباتا فكيف يتجه عليه سوال ثبوت الخيار او عدمه مع ان عدم ثبوت الخيار للمشتري
في هذه الصورة في السيف غير مسلم ولو سلم فعدم الخيار باعتبار ان هذا التفرق جاء من قبله حيث
النقد وانه نظر واما الجواب فغير مرضي لان المصنف رح قد اثبت تفريق الصفقة في مسئلة الصبرة
مع انه ليس من قبيل قبول العقد في احدهما وتركه في الاخر وانه ظاهر فعلم ان تفرق الصفقة عبارة
عن بقاء العقد في البعض دون الكل وفيما اذا مات احد العبدين قبل القبض يتفرق الصفقة
ايضا والظاهر انه مخير في الكافي **قوله** والمباشرة على وجه الجواز هي الظاهر منهما **فان قلت**
اذا كان عبد بين رجلين فباعاه جميعا بالف درهم ثم اشترياه جميعا قبل نقد الثمن بخمسمائة جاز شراء
كل واحد في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شايعا نصفه مما باعه بنفسه ونصفه مما باعه شريكه
فصح الشراء فيما باعه شريكه لعدم المفسد وفسد فيما باعه بنفسه لوجود المفسد وينبغي ان يصح شراء
كل منهما في نصف العبد بان يصرف شراء كل الى نصيب شريكه تحريا للجواز والصحة كما في
المسئلة المذكورة **اجيب** بان الفساد بسبب شراء ما باعه باقل مما باعه فساد خفي لكونه مجتهدا فيه
فلا يظهر قصد العاقدين الى وجه صحة شراء كل في نصفه بخلاف مسئلتنا فان فساد الصرف بسبب
التاجيل فساد ظاهر والظاهر من العاقل في مثله الاحتراز عنه **قوله** وكذا لو باعه سيفا محلى
بماية درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع الى ان قال وهذا اذا كانت الفضة
المفردة ازيد مما فيه **فان قلت** روي عن فضالة قال اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارا
فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها اكثر من اثني عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي عليه السلام فقال
لا تباع حتى تفصل ففيه نهي عن بيع الذهب بالذهب ومع احدهما شيء غير الذهب مطلقا سواء
كان الذهب اكثر من الذهب الذي في السلعة او اقل فما ذكر من انه يجوز اذا كان الثمن
اكثر مما في السلعة قياس يرده النص **اجيب** بان المقصود من الفصل هو العلم بما فيه من
الذهب فاذا كان معلوما كفينا مؤنة الفصل فكان المراد بحكم الدلالة لا تباع حتى يعلم
ما فيه من الذهب في بيع على وجه لا يلزم الربوا فلا يكون القياس مخالفا للنص بل موافقا
للدلالة **قوله** وكذا اذا اشترى عبدا بالف باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد آخر
بالف وخمسماية لا يجوز **قلت** القياس على هذه المسئلة انما يستقيم على قول زفر رح لا
على قول الشافعي لان شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جايز عنده او هو قياس على
قوله ايضا لكن على زعمنا ردا لمذهبنا لا تصحيحا لمذهبه **قوله** بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير
تدليسا في القلب صرف الربح كله الى الثوب والتولية يفاد المرابحة فكان ابطالا لتصرفه اصلا
كذا في الكافي **قلت** هذا الجواب ان كان يستقيم على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح لانهما يجعلان

التولية والمرابحة اصلا في العقد فهي لا يكاد يستقيم على قول محمد رحمه الله لانه يجعلهما وصفين مرغوبين
كوصف السلامة حتى لو اطلع المشتري على خيانة في التولية او المرابحة فله الخيار عنده فيهما
وعلله في الكتاب بان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب
فيكون وصفا مرغوبا كوصف السلامة فيتخير بفواته فلما كانت المرابحة مرغوبا ينبغي ان تصحيح
البيع عنده في القلب بصرف الربح كله الى الثوب لانه لا تغيير الوصف لتصحيح الاصل لا الزيادة
المرابحة وان كانت وصفا عند محمد رحمه الله فهي وصف مرغوب وكما لا يجوز التصحيح بابطال الاصل لا يجوز
بابطال الوصف المرغوب ايضا **قوله** والطريق متعين لتصحيحه **فان قلت** ليس بمتعين
لامكان ان يقابل درهم من درهمين بمقابلة درهم ودينار من الدينارين بمقابلة دينار من
الدينارين بمقابلة درهم باق من الدرهمين **قلت** ما قلنا متعين للصحة لقلة وقوع التغيير
وذلك لان فيما ذكرنا تغييرين صرف درهم الى دينار ودينارين الى درهمين وفيما ذكرت ثلث
تغييرات وهو صرف درهم الى درهم ودينار الى دينار ودرهم الى دينار فكان اقل تغييرا متعينا
للتصحيح كذا في الشرح **قوله** والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة
على الالف الى المشتري **فان قلت** كما تكثر جهات الصحة ههنا تكثر جهات الفساد ايضا
لانك لو جعلت بمقابلة المشتري الفا الا حبة لم يجز ثم فيه **قلت** لا بل طريق الفساد ههنا متعين
وهو الشراء باقل مما باع فاياً فرضت لا يكون الفساد الا به اما الجواز فله طريقان احدهما الشراء
بمثل ما باع والثاني باكثر مما باع ثم التحقيق فيه ان يقال انا لا نحكم ههنا بالفساد مطلقا بل يرجع
الى الانقسام بالقيمة فان كان ما يخص المشتري اقل مما اشتري لا يجوز وان كان مثله او اكثر
جاز الى هذا اشار المصنف رحمه الله في مسئلة ما اذا اشتري جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع
قبل نقد الثمن بخمسمائة يبطل البيع في المشتري ولا يشيع الفساد حيث قال لان الفساد هنا طارئ
بطريق الانقسام اي انقسام الثمن على قيمتيهما فهذا اشارة الى انه لو كان ما يخص المشتري اكثر مما
اشتري او مثله لا يظهر الفساد اصلا واليه اشير في المبسوط ايضا حيث قال في مسئلة العبدين ان
معنى المعاوضة يتحقق هناك فان جهات الجواز تكثر فيجب المصير الى الانقسام بالقيمة فقوله يجب
المصير الى الانقسام بالقيمة دليل على ان البيع في العبد المشتري ليس بفاسد على الاطلاق
بل يجب الرجوع الى انقسام الثمن على نحو ما قلنا والدليل على ان الثمن ينقسم بحسب القيمة انه
لو اشتري عبدين فقبضهما ثم استحق احدهما يرجع على البايع بما يخص المستحق من الثمن بعد قسمته
على قدر قيمتيهما وكذا لو وجد باحدهما عيبا ورده خاصة يرجع بما يخص من الثمن بعد القسمة بحسب
القيمة وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما يدخل عبده في البيع ثم يخرجه ويقسم الثمن

عليهما

عليهما بقدر قيمتهما وبالجملة ان قسمة الثمن على العبدين مثلا بحسب القيمة لا بحسب الرؤس
وذلك منصوص في غير موضع ولما كان الثمن منقسما على العبدين بحسب القيمة لم يصح الحكم بفساد
البيع في العبد المشتري فيما اذا اشتري عبدا بالف ثم باعه من البايع واخر معه بالف وخمسمائة
مطلقا بل يجب فيه التوقف حتى ينقسم الثمن عليهما بقدر قيمتهما فان اصاب المشتري الفا او اكثر
صح وان اصابه اقل بطل فكانت جهة الصحة والفساد متعينة بعد الانقسام لا كما ذكره هنا
من الحكم بفساد صفقة المشتري بالف مطلقا باعتبار ان جهات التصحيح فيه متعارضة **قوله**
والمعين ضد المنكر فانه لو كان قال لعبده ودابته هذا حر او هذا انه يعتق العبد لانه
يحتمل التعيين حتى لزمه التعيين فيما اذا قال لعبديه احدكما حر والحمل بالمحتمل اولى من
الاهدار فيجعل ما جعل لحقيقته مجازا عما يحتمله وان استحالت حقيقته كذا ذكره الامام فخر الاسلام
علي البزدوي رحمه الله وانه تنصيص بانه لا تضاد بين المنكر والمعين وان استعمال المنكر
للمعين جائز عند تعذر الحقيقة واما ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فانهما لا يقولان بعتق العبد ولا يحملان
الكلام على المعين لاستحالة الحقيقة لان تصورها شرط للمصير الى المجاز عندهما لا لان
المنكر يضاد المعين ولهذا لو قال لعبده وعبد غيره ونوى عبده جاز بالاتفاق بل ذكر في المبسوط
انه انما لا يعتق العبد عندهما فيما اذا قال لعبده ودابته احدكما حر اذا لم ينو شيئا اما اذا نوى
عبده يعتق عندهما ايضا والنية انما تصح فيما يحتمله الكلام وايضا اذا باع نصف عبد مشترك بينه
وبين غيره يصرف الى نصفه خاصة مع ان النصف مطلق وقد اريد به المعين ولا فرق بين ان
يراد باحدهما المعين منهما وبين ان يراد بالنصف المطلق المعين منه وليس في الحمل على
المعين تغيير المحل اذ المبيع هو احدهما وبعد التعيين يكون المبيع هو احدهما معينا فيتغير من
وصف النكارة الى وصف التعيين وتغيير الوصف للتصحيح جائز **قوله** وفي الاخيرة انعقد
العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس
الى خلافه للتصحيح وهو صحيح بدونه **فان قلت** تصرف الجنس الى خلافه ليبقى صحيحا كما
يصرف هنا لينعقد صحيحا **قلت** الفساد غير موهوم لجواز ان يتقابضا في المجلس وهنا متحقق
كذا في الكافي وهذا للذي ذكره يصلح جوابا للمسئلة الثانية ايضا لان الفساد هناك موهوم
في الحال لانه انما يظهر في حالة البقاء بانقسام الثمن على قيمتيهما ويجوز ان يكون ما يخص المشتري
من الثمن اكثر مما اشتري او مثله فلا يفسد البيع فيه فلا يصرف الالف اليه دفعا للفساد الموهوم
كما لا يصرف الجنس الى خلافه في المسئلة الاخيرة **فان قلت** ما وجه النقض عن الاخيرة عند
من يري القبض شرطا للصحة دون البقاء عليها **قلت** من جعل القبض شرط الصحة فهو

ايضا لا نحكم بالفساد قبل الافتراق بل الحال عند مراعي ان افترقا بلا قبض فسد من الاصل وان
تقابضا قبل ان يفترقا ظهر الصحة من الاصل فلا حاجة الى تصحيح العقد بصرف الجنس الي خلافه لعدم
ظهور الفساد بدونه لجواز ان يتقابضا في المجلس فيظهر انه كان صحيحا فلا يكون صرف الجنس
الي خلافه متيقنا للتصحيح قوله ولذا انقابها يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الي الدين اذ لو
لا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفيه بحث لما مر انه لو اشتري ثوبا ببدل الصرف قبل القبض
لم يصح لما فيه من تفويت القبض المستحق او التصرف في المبيع قبل القبض لان كلا من بدلي
الصرف مبيع وعلي ما ذكرنا من ان التقاص لما يتضمن الاستبدال ببدل الصرف يتضمن فسخ
الاول والاضافة الي الدين يجب ان يصح شراء الثوب ويتضمن ذلك فسخ الصرف تحرزا عن التصرف
في بدل الصرف وعن تفويت المستحق قوله والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء قلت الاضافة
الي الدين يوجب المقاصة من غير تقاض فتقديرها يبطل التقاضي والمقتضي يجب ان يكون
صحيحا للمذكور لا مبطلا له والجواب قوله ولكنه صرف فان قلت لما صرف الجنس الي خلافه
لم يبق صرفا اذ الصرف هو بيع الذهب او الفضة بالذهب او الفضة أجيب بان ظاهر العقد صرف
فبراءة صرف كل جنس الي خلافه لضرورة تصحيح التصرف فيهما وراء التصحيح يعتبر الظاهر فيشترط
القبض وقد يقال لو كان الظاهر معتبرا في اشتراط القبض اورث ذلك شبهة الربا وكما تجب
التحرز عن حقيقة الربا يجب التحرز عن شبهته ايضا فالظاهر ان المصنف جعل بيع الاثمان
الاصطلاحية ايضا صرفا كما هو مختار بعض المشايخ في بيع الفلس بالفلسين او بالفلس حتى
شرط التقابض فيه وان كانا عينين كما ذكرنا نقلا عن الذخيرة في اول الكتاب قوله واذا
شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز الا بضرر قلت هذا يشير الي انه لو باع
سيفا محلى بالفضة التي لا تتخلص الا بضرر يشترط القبض في السيف ايضا بعين هذه العلة التي ذكر
هنا من انه لما شرط في الفضة لكونه صرفا فيها لا يتخلص عنه الا بضرر ايضا قوله ثم هي مادامت
تروج يكون اثمانا لا يتعين بالتعيين قد مر ان الفلوس الرائجة يتعين بالتعيين عند ابي حنيفة
وابي يوسف لان الثمنية فيهما يثبت باصطلاح العاقدين فيبطل باصطلاحهما وغالب الغش في حكم
الفلوس كما مر فيجب ان يتعين بالتعيين عندهما كالفلوس قوله كما اذا اشتري بالرطب
وانقطع اوانه فانه لا يفسد البيع في القول الصحيح وقد حكي الشيخ الامام ظهير الدين عن استاذه
ان العيب اذا كان ثمن مبيع يفسد البيع بانقطاعه قبل التسليم ولا يبقى للبائع حق المطالبة
بالعيب بل يجب علي المشتري رد المبيع ان كان قائما ورد قيمته ان كان هالكا والفرق لابي حنيفة
علي الرواية الصحيحة بين انقطاع الرطب او العنب اذا جعل ثمنا وبين كساد الدرهم المغشوشة قبل

التسليم

ان التعاصي وارد كانه يحل فاسد
المعقود فيه وبراساع المطالم
الحاسن يحقق بصار الماصي محققا
حكما

مقنعا

بشرط

التسليم يولان العود في الرطب ثابت من غير صنع العباد ولا كذلك الدرهم قوله فيبقي بيعا
بلا ثمن فيبطل اي فيفسد وليس المراد منه حقيقة البطلان لانه لما بطلت ثمنية الدراهم المغشوشة
ثم ان الامر انه بقي بيعا بلا ذكر ثمن لا ابتغاء مع نفي الثمن والبيع مع نفي الثمن ان كان
باطلا في رواية فالبيع مع عدم ذكر الثمن والسكوت عنه فاسد وليس بباطل صرح به المصنف
في كتاب الوصايا قبيل فصل في اعتبار حالة الوصية حيث قال الثمن في البيع تابع حتى
ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا وفي خزانة الفقه باع بغير ثمن هل ينعقد فيه روايتان
واجمعوا انه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد والله اعلم قوله عند ابي حنيفة رضي الله عنه
خلافا لهما في النهر هذا مخالف لرواية الاسرار والمبسوط وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان
البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة فقال في الاسرار
اذا اشتري شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد عندنا وقال زفر لا يبطل
الي اخره قلت غالب الغش ليس كالدراهم بل هو في حكم الفلوس ثم كساد المغشوشة يوجب
عند ابي حنيفة خلافا لهما فكذا كساد الفلوس فاما الفرق بين كساد المغشوشة وكساد النافقة
عند ابي يوسف ومحمد رح فلا يعقل له وجه فلو ثبت الاتفاق بين العلماء الثلثة في بطلان البيع
عند كساد الفلوس كما هو ظاهر رواية الاسرار كان ذلك رواية عنهما في بطلان البيع عند كساد
المغشوشة وما ذكرت من مذهبهما في المغشوشة من عدم بطلان البيع ولزوم قيمتها فذاك رواية
منهما في الفلوس النافقة اذا كسدت قبل القبض فلا يحتاج الي الفرق والله اعلم قوله انظر
لي انه نظر المستقرض لان قيمته يوم الاستقراض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وكذا في حق
المقرض بالنظر الي قول ابي حنيفة كذا في الكافي وقد يقال لا يلزم ان يكون قيمته يوم القرض
اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو قيمته اخر ما تعامل الناس بل يجوز ان يكون الامر بالعكس
وقيل انظرهما بمعني اكثر نظرا اي قياسا فالقياس قد يسمي نظرا لانه من طريق النظر
بدليل فيكون انظروا فيستبعد بمعني قوله ايسر لانه للمفتي لان قيمته يوم القبض معلومة
ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج كذا في الكافي وفيه ايضا شبهة ظاهره يعرف بالتامل قوله
وعلي قياس قول ابي حنيفة رض يبطل في الكل لان الصفقة متحدة وهذه دلالة صادقة علي
ان الصفقة لا يتفرق بفرق الثمن ما لم يكرر لفظ البيع فعلي هذا قوله في اول البيوع انه اذا
ابين ثمن كل واحد كانت صفقتان معنى محتاج الي التاويل وقد بيناه قوله ولو كرر
لفظ الاعطاء بان قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصف نصفا الا حبة كان جوابه كجوابهما
لانهما بيعان وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر بمنزلة ما لو قال لغيره بعني بنصف هذا

البطلان البيع

لو قيل لا كساد وكون المذكور وهما مقتضي قيمة
غالبا فتكون قيمة يوم ... عالما لانه ... ويوم
بيل الكساد مطلقا يكون يوم ... الا المستقرض

الالف عيلا وبنصفه كذا بطلات خمرا لا يبطل العقد في الجبل لان الصفقة متفرقة وحكي عن الفقيه
ابي جعفر الهندواني انه لا يصح العقد وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت انما
تفرقت بتكرر قوله اعطني ولا وجه اليه لان قوله اعطني مساومة وبتكرار المساومة لا يتكرر البيع
الا يرى ان بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى ان من قال لغيره بعني فقال بعت لا ينعقد البيع
ما لم يقل اشتريت واذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر فكانت الصفقة واحدة
كذا في الشرح **قلت** الكلام فيما اذا دفع الدرهم الى الصيرفي اولا على وجه البيع ثم قال اعطني
بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة ولا يخفي ان قوله اعطني في هذه الموضع لا يحتمل المساومة
فيحمل على الايجاب كما ان بعني متى لا يحتمل المساومة يحمل على الايجاب فقد ذكر في المبسوط انه اذا
كتب اليه بعني كذا وكذا فقال بعت تم البيع وذكر في بعض الشروح وجهه ان قوله بعني من الحاضر
يكون استياما عادة اما من الغائب فيكون احد شطري العقد فاذا ضم اليه الشطر الثاني تم البيع
وكذا لو قال المريض لو تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز اقامة
للمريض مقام الزعيم كما سيجي ولا يشترط القبول لانه يراد بقوله تكفل التحقيق دون المساومة
ظاهرا في هذه الحالة فالحاصل ان نحو اعطني وبعني يحتمل ان يحمل على الايجاب بقرينة ودفع
الدرهم اولا الى الصيرفي على وجه البيع قرينة على ان قوله اعطني ايجاب وليس بمساومة
او نقول قوله اعطني ان كان لا يصلح ايجابا كقوله بعني فلا شك ان تكرار اعطني يصلح
دليلا على تكرار العقد المنعقد بالتعاطي وهنا انعقد العقد بدفع الدرهم اليه على وجه البيع
اذ التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاده بالتعاطي فكانه قال دفعت اليك نصفه لتعطيني به فلوسا
ودفعت نصفه الاخر لتعطيني به نصفا الا حبة وتفريق الدرهم في الدفع متعذر فجعل التفريق
في القول قائما مقام التفريق في الفعل

كتاب الكفالة

قوله ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في مطالبة الدين واصل الدين في ذمة الاصيل
كذا في الحاشية والاولى اطلاق المطالبة من التقييد بالدين لان الكفالة كما تصح بالديون
تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وبغيرها كالمبيع في حق التسليم وتصح في النفوس
وليس في الكفالة بالنفس الا التزام تسليم النفس الى المكفول له **قوله** وقيل في الدين
وهو قول الشافعي رحمه الله لان المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل **قلنا** هو
منقوض بالوكيل بالشراء حيث يطالب بالثمن وهو على الموكل ولهذا يصح ابراء الموكل عنه كذا في
الشاهان **قلت** الوكيل بالشراء غير مطالب بالثمن عند الشافعي رحمه الله لما سيجي من مذهبه
ان الحقوق يرجع الى الموكل دون الوكيل فلا ينتقض قوله بالوكيل بالشراء ولو سلم ان الوكيل

مطالب

مطالب بالثمن عنده كما هو اظهر الروايتين عنه فلا نسلم ان الثمن غير واجب على الوكيل في
تلك عنده الرواية وايضا ان علماءنا صرحوا في غير موضع بان الثمن يجب في ذمة الوكيل بالشراء
دون الموكل فقد ذكر في الذخيرة ان شري الوكيل يوجب دينين دينا للبايع على الوكيل والقيمة
ودينا للوكيل على الموكل وهكذا ذكر الشارح في المضاربة في اول فصل العزل والقسمة فقال
فقال ان شري الوكيل يوجب الثمن عليه للبايع وله على الموكل والى هذا اشار المصنف في
المضاربة قبيل الفصل في الاختلاف يظهر ذلك بالتتبع وذكر بعض الشارحين في الفرق بين الوكيل
بالبيع والوكيل بالشري من حيث ان التوكيل بالشري يتقيد بمثل القيمة دون التوكيل بالبيع
فقال ان الامر في التوكيل بالشراء يلاقي ملك البايع وذمة المامور ولا ملك للامر فيهما فينبغي
ان لا يصح وانما صح للحاجة وهي تندفع بمثل القيمة فلا يثبت مطلقا فهذا اشارة الى لزوم الثمن
يجب في ذمة الوكيل دون الموكل واما ابراء البايع الموكل عن الثمن فقد ذكر في الذخيرة انه
ينبغي ان لا يصح لان من اصلهم ان شري الوكيل يوجب دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على
الموكل فكان الابراء من البايع تصرفا في حق الوكيل ولكن الوجه فيه ان الوكيل بالشري
انما انزل بمنزلة البايع من الموكل في الحقوق التي لا ينفك العقد عنها لا في التي ينفك عنها فالموكل
كالمشتري من البايع وابراء الموكل من الثمن من الاحكام التي ينفك البيع عنها فيجعل الموكل
في حقه مشتريا من البايع لا من الوكيل فكان هذا تصرفات البايع في حقه فيصح هذا كلامه وذلك
يرد ما ذكر في الشاهان وفي الذخيرة في الفصل الخامس من كتاب الكفالة حيث قال وليس من
ضرورة توجه المطالبة وجوب الدين الا يرى ان الوكيل بالشري يطالب بالثمن واصل الثمن
على الموكل الا يرى ان ابراء البايع الموكل عن الثمن صحيح هذا لفظه وهو مما يقضي به العجب
حيث صرح في الوكالة بان شري الوكيل يوجب دينا على الوكيل ودينا له على الموكل واعتذر
عن صحة ابراء البايع الموكل بما ذكرنا ثم استدل بتوجه المطالبة على الوكيل مع كون الثمن
على الموكل على انه ليس من ضرورة توجه المطالبة بالدين وجوبه على المطلوب وتمسك عليه
بصحة ابراء البايع الموكل ولئن كان ذلك بناء على اختلاف الروايتين فلا شك انه مع كونه
محل النزاع لا يصلح للاحتجاج فان للخصم ان يلتزم وجوب الثمن على الوكيل فلا يصلح احتجاجا
عليه **قوله** لان النفس الواحد في حق الكفالة لا تتجزى وتحقيقه ان الجزء الشايع مما لا بد
للذات منه فاذا كانت الذات محلا للاضافة اليه كان كل جزء من اجزائه محلا له ضرورة لزوم الذات
عبارة عن جميع الاجزاء الشايعة فلو لم يكن كل جزء منه محلا له لم يكن الذات محلا له ايضا
ومتى كان كل جزء محلا للاضافة صحت الاضافة اليه ثم ينظر ان كان الحكم المضاف الا ذلك

بالخلاف المذكور في الوكالة

الجزء ما يمكن ان يتعلق به بدون التعلق بالكل اقتصر عليه ولا يسري الي الكل اما الجزء المعين
فليس بلازم للذات فلا يلزم من صحة اضافة الحكم الي الذات صحة الاضافة اليه وحيث لم يصح
الاضافة اليه لا يسري الي الكل لان يعبر به عن جميع الذات فلم يصح الاضافة اليه من حيث انه
اضافة الي الذات معني **قوله** بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته حيث لا يكون كفيلا لانه
التزم المعرفة دون المطالبة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون كفيلا
وعلي هذا معاملة الناس ولو قال انا بفلان برمنت قال الفقيه ابو جعفر يصير به
كفيلا وقال ابو الليث لا يصير به كفيلا وبه اخذ الصدر الشهيد وفي فتاوي قاضيخان وما
قال الفقيه اقرب الي العرف وعامة المشايخ قالوا لو قال انا بفلان برمنت يكون كفيلا
وكانهم فرقوا بين العربية والفارسية ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته بان قال دفعت
نفسي اليك من كفالة فلان ولو لم يقل ذلك لا يبرا **فان قلت** اذا كفلا بنفس رجل كفالة
واحدة فدفعه احدهما الي الطالب يبرآن جميعا **قلت** فيه روايتان قلنا ان نمنع ولئن
سلم فالكفيلان بكفالة واحدة ككفيل واحد فكان تسليم احدهما كتسليمهما واما المكفول عنه والكفيل
فجهة تسليمهما مختلفة فلا يثبت تسليم الاصيل عن الكفيل الا اذا سلم من جهة كفالته **قوله**
لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر ~~لان صورتها ان~~ **فان قلت** يشكل علي قول الشافعي رحمه الله الكفالة
بالدرك فانه جائز بالاجماع وانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان صورتها ان يقول للمشتري
ان لحقك دركٌ فيما اشتريته فانا كفيل به **اجيب** بان ما ذكره الشافعي رحمه الله مبني علي القياس
واما الكفالة بالدرك فجائز اجماعا ~~استحسانا اذ البيع يصح تعليقه~~ علي خلاف القياس **قوله**
عملا بالحديث وقد يقال شبهه بالبيع يكفي لصحة تعليقه بالشرط المتعارف دون غيره
اذ البيع يصح تعليقه بالشرط المتعارف كما قلنا في الرجل اشتري حطبا بشرط ان يوفيه الي
منزل المشتري كان البيع جائزا استحسانا لغلبة العرف فيه وان كان العقل لا يقتضي
الايفاء الي منزله وكذا لو باع بشرط ان يكفل فلان بالثمن وفلان حاضر في المجلس فتكفل او
باع بشرط الرهن والرهن متعين في المجلس جاز العقد استحسانا لغلبة العرف وجوابه
ان الكفالة تصح بشرط ملائم وان لم يكن فيه عرف ظاهر وتعامل فيما بين الناس بخلاف البيع
فان تعليقه انما يصح بشرط تعامل الناس عليه والتعامل يترك به القياس فلو لم يعتبر شبه النذر
لم يصح تعليق الكفالة بشرط ملائم مطلقا **قوله** ومن كفل بنفس اخر وقال ان لم يوافِ
به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة واعترض
بان شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس علي حالها الا يري

ان

قوله ويشبه النذر قلت صحة التعليق
لا يلزم التشبه بالنذر الا يري ان النذر بالاعتكاف مما لا يقبل
التعليق ...

ان الطالب لو ابرا الكفيل عن الكفالة قبل انقضاء المدة في هذه المسألة لا يلزم الكفيل شيء
لان بالابراء انفسخت الكفالة بالنفس فكذلك هنا انفسخت الكفالة بالموت وبان هذه المسألة نظير
ما اذا قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق فاهراق الماء قبل الليل
لا يقع الطلاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالي فبالقياس هذه المسألة ينبغي ان لا يلزم المال في مسئلة
الكفالة اذا مات المكفول عنه في المدة واجيب عن الاول بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت
لم يوضع له فبالابراء ينفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الي المطالبة بتسليم النفس
ضرورة عجز الكفيل عنه ولا ضرورة الي القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة يتحقق مع
العجز عن تسليم النفس يتحقق وعن الثاني بان تصحيح الكفالة هنا بالتقديم والتاخير بان يجعل
كانه كفل بالمال في الحال ثم علق البراءة عنه بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس لا تتحقق بالموت
فيبقي المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الي التقديم والتاخير في اليمين بالطلاق لان الطلاق
يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لا يحتمل ~~التعليق بالشرط~~ الرفع الي هنا اشير في الشرح
وفيه نظر اما اولا فلان التعليق بعدم الموافاة متعارف والكفالة تحتمل التعليق بالشرط
المتعارف كالطلاق فلا حاجة في تصحيحها الي الحمل علي التقديم والتاخير كما لا حاجة اليه في
اليمين بالطلاق واما ثانيا فلان تصحيح الكفالة بالتقديم والتاخير يقتضي شغل ذمته والاصل
براءتها الا يري ان الكفالة بالعهدة باطلة بالاتفاق للاشتباه في اللفظ وان امكن تصحيحها بصرفها
الي ما يصح الضمان به وهو الدرك ولكن لما كان فيه شغل الذمة اصلا لم يصح فينبغي ان لا يصح
في مسئلتنا بالتقديم والتاخير ايضا لما فيه من شغل الذمة واما ثالثا فلانه لو جعل كانه كفل
بالمال في الحال ثم علق البراءة عنه بالموافاة بالنفس للزمه الطالب اذا ابرا الطالب الكفيل
عن الكفالة بالنفس والمسئلة بخلافه وجوابه ان الكفيل هنا جعل كفيلا عن المال بشرط ان
يبرا عنه بموافاة النفس بحكم الكفالة بالنفس ومتي ابراه عن الكفالة فقد سد علي الكفيل
طريق الوصول الي البراءة عن المال بموافاة النفس بحكم الكفالة بالنفس فجعل مبريا عن المال
ايضا دفعا للضرر عن الكفيل وبهذا عرف الجواب عن الاشكال الاول من الاشكالين المذكورين
في الشرح واما رابعا فلما سياتي ان البراءة من الكفالة لا يجوز تعليقها بالشرط فكيف يجعل
كانه كفل بالمال ثم علق البراءة عنه بموافاة النفس والبراءة عنه لا تحتمل التعليق بالشرط وجوابه
ان المراد بالبراءة التي لا يجوز تعليقها بالشرط هو الابراء نحو ان يقول الطالب للكفيل اذا
جاء غد فانت بريء من الكفالة فاما تعليق الكفيل براءة نفسه بشرط فلا نسلم انه غير جائز الا يري
ان المصنف رحمه الله علله بوجود معني التمليك فيه حيث قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط

لما فيه من معنى التمليك ولا يخفى ان معنى التمليك انما يكون في ابراء الطالب كفيله دون براءة الكفيل فيجوز تعليقه بالشرط ومسئلة جواز تعليق براءة الكفيل بالشرط مذكورة في الايضاح على ما يجي في الصلح ثم اجيب في الشاهات عن الشبهة الثانية بان ثبوت الكفالة بالمال معلق بعدم موافاة يقدر عليها كما في مسئلة الكوز الا ان الموافاة التي يقدر عليها باقية في اليوم بعد موت المكفول به لان في موافاة النفس موافاة المال معنى من حيث انه سبب الوصول الى المال والقدرة على موافاة المال معنى باقية من اول اليوم الى اخره بعد موته واذا بقيت القدرة تحقق عدم موافاة يقدر عليها من اول اليوم يخرج الى اخره وصار تقديره ما ذكر من الكفالة ان لم اواف المال معنى فانا كفيل بالمال حقيقة ومعنى فاما في مسئلة الشرب يفوت القدرة بفوات الماء على شرب ذلك الماء حقيقة وحكما الا يرى انه لو مات الحالف في مسئلة اليمين ثم مضى اليوم لا يحنث بالاتفاق وههنا لو مات الكفيل قبل الموافاة ثم مضى اليوم لزمه الكفالة الى هنا لفظه وفيه نظر لانه ان جعل الشرط عدم الموافاة بالنفس ثم يعتبر القدرة على موافاة المال قدرة على موافاة النفس معنى فنقول هذا غير مقبول لان الموافاة بالنفس ان كانت مقدورة بعد موت المكفول به معنى فهي ليست بمقدورة حقيقة فبالنظر الى انها مقدورة معنى يجب ان يلزمه الكفالة بالمال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة مع القدرة عليها وبالنظر الى انها غير مقدورة حقيقة يجب ان لا يلزمه الكفالة والاصل في الذمة البراءة فلا يلزمه بالشك وان جعل الشرط عدم الموافاة بالمال معنى فاما ان يجعل عدم الموافاة معنى فقط فذلك ليس الا تسليم النفس وانه عاجز عنه بعد موت المكفول به واما ان يجعل اعم من ان يكون معنى فقط او حقيقة ومعنى فح يلزمه ان لا يلزمه الكفالة بالمال لو ادى الكفيل المال في الغد دون النفس مع القدرة على تسليم النفس ولم يقبل المكفول له من حيث انه متبرع ومن تبرع باداء دين الغير فللدائن ان لا يقبل وذلك ممنوع فقد ذكر في الذخيرة في حق المسئلة اذا صحت الكفالة الثانية معلقة بعدم الموافاة بالنفس غدا اذا لم يواف بنفسه غدا يصير كفيلا بالمال وايضا الكفيل بالنفس اذا قال ان لم اوافك به غدا فعلي المال الذي لك على فلان لا خلاف ان الكفالة الثانية جائزة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ويلزمه المال لو مات المكفول بنفسه قبل مضي الغد مع ان تقدير الكلام بقولنا ان لم اوافك المال معنى فانا كفيل بالمال حقيقة ومعنى لا يتاتى هنا لو كان كفيلا بالنفس في القصاص ونحوه مما لا يقدر الكفيل على ايفائه من الحقوق على ان الكفالة بالنفس لم يعتبر كفالة بالمال الا يرى انه لو كفل بالمال والنفس فابراه المكفول له في مرض بري عن النفس دون المال فاما افتراق موت الحالف في مسئلة اليمين مع موت الكفيل فبناء على ان العجز يتحقق بموت الحالف حيث

لا يبقى قادرا على الشرب لا بنفسه ولا بنائبه لان شرب الوارث لا يقوم مقام شرب المورث حيث لا يحصل فائدته اما موت الكفيل فلا يوجب العجز لان موافاة الوارث يقوم مقام موافاة المورث على ما صرح به في الذخيرة فيبقى القدرة بالنائب الى ان يمضي الغد فصار كانه لم يواف حتى مضت المدة فلزمه المال الا ان شرط ثبوت الكفالة بالمال عدم موافاة المكفول به الطالب في الغد مطلقا وليس بمقيد بوجدان الطالب كذا في الذخيرة فلو كان الكفالة بالمال معلقة بعدم موافاة يقدر عليها كما في مسئلة الكوز لزم ان لا يجب المال اذا تغيب الطالب لانه لم يقدر على الموافاة ~~باعتبار الغيبة فلو كانت الكفالة بالنفس كفالة بالمال معنى لما صح الابراء منه كما يصح في الكفالة~~ بالمال فالاولى ان يفرق بين مسئلة الكفالة ومسئلة الكوز بان الشرط في مسئلة الكوز هو ترك فعل الشرب كانه قال ان تركت فعل الشرب فعبدي حر وبعد ما اهراق الماء لم يبق الترك متصورا لانه لا يتصور الا في المقدور حقيقة ولا يكفي لذلك توهم القدرة بان عادت القطرات المهراقة في الكوز بان الله تعالى بدليل انه لو قال ان تركت مس السماء فعبدي حر فانه لا يحنث مع وجود القدرة المتوهمة فعلم ان الترك لا يطلق الا على الامتناع عن فعل مقدور له حقيقة وبعد اراقة الماء لا يبقى الفعل مقدورا له حقيقة فلا يتصور الترك الذي انعقد اليمين عليه واليمين يبطل ببطلان ما انعقد عليه وذلك ان المقصود هنا حمل نفسه على فعل الشرب والاحتراز عن تركه مختارا فيقيد بالقدرة فيجعل الشرط هو ترك الشرب او فوات شرب مقدور له في جميع اليوم واما في مسئلة الكفالة فالشرط هو فوات الموافاة عن الكفيل باختيار او بغير اختيار بان يموت المكفول عنه او الكفيل وذلك ان الطالب انما رضي بتاخير حقه في احضار المطلوب الى الغد زعما منه انه امن بهذه الكفالة من ان يلحقه المضرة بتاخيره من حيث انه يصل الى حقه في الغد البتة اما باحضار المطلوب او بلزوم المال على الكفيل حتى لو لم يكن امنا لم يرض به قط فعلم ان الطالب انما رضي بكفالته بهذا الشرط زعما منه انه بهذه الكفالة يتوصل الى حقه البتة وكذا الكفيل انما قبل الكفالة على هذا الشرط دفعا للضرر عن الطالب بالكلية ولا يخفى ان الضرر انما ينتفي عن الطالب بصيرورته امنا عن فوات حقه ان لو جعل الشرط هو عدم الموافاة وفواتها لا ترك فعل الموافاة كما في مسئلة الكوز اذ لو جعل الشرط هو ترك الموافاة لا يكون الطالب امنا بهذه الكفالة لجواز ان يموت الكفيل او المكفول عنه فيبطل اليمين فلا يلزم عليه المال فيتضرر به الطالب كثير ضرر فالمقصود هنا لما كان ايصال الحق الى الطالب وجعله امنا من فوات الحق وانما يحصل ذلك بان يجعل الشرط هو فوات الموافاة بالاختيار او بالاضطرار قلنا بان الشرط هو فوت الموافاة اعم من ان يكون بالاختيار او بدونه وبالجملة

وكالحاصل ان يحران لم افعل كذا فعبدي حر ظاهر لتعليق حرية العبد على ترك الفعل والامتناع عنه مختارا فيحمل عليه عند الاطلاق ويحلوا المقام عن الموانع الدالة على ان المراد عدم الوفا
وللقرينة في مسالة الشرب الكوز فيحمل على الظاهر وقد وجد القرينة الدالة عليه في مسالة الكفالة وان الغرض انما هو الاستيثاق وحصول المطالب امتناع فوات حقه ووصول الى
البينة ولا ذلك لا يحصل الشرط عدم الموافاة اعم من ان يكون ذلك بالاختيار او لا اذ لو قيد بالاختيار لم يحصل الاستيثاق التام ولم يطمئن عن فوات حقه لجواز ان يموت المطلوب
او الكفيل فلا يلزمه المال ولا يسلم النفس فيفوت حقه فلذا جعلنا الشرط عدم الموافاة مطلقا

ان القياس هو ان يجعل الشرط في المسلتين ترك الشرب والموافاة عن اختيار لان التعليق في مثله للحمل على ما يقدر عليه من الفعل غير انا لم نقيد بالقدرة في مسالة الكفالة تحقيقا لما هو المقصود من هذا الكلام على ما ذكرنا **قوله** وبينها او لم يبينها اي بين صفة مائة دينار بانها جيدة او ردية او خليفية او ركنية او لم يبينها او معنى **قوله** وبينها لفي قدر المائة بدعواه لا مائة دينار ولم يبين قدر الدينار بذكر المائة في دعواه كذا في الشرح والمعنى للاول ادنى بقوله فعليه المائة وعلى المعنى الثاني يحتاج الى التاويل بان يقال فعليه المائة الدينار اذا ادعى صاحب الحق المائة الدينار **قوله** وان بينها متصل بقوله ولا يصح الكفالة على هذا الوجه لان هذا التعليل كان يقتضي عدم الجواز على انه لم ينسبه الى ما عليه وذلك لا يفرق بين البيان وعدمه **قوله** لانه بناء عليه اذ المطلوب به تاكيد الكفالة بالنفس فيبطل ببطلانه **قوله** ولنا ان المال ذكر معرفا حيث قال فعلى المائة فينصرف الى ما عليه **فان قلت** صاحب الذخيرة وضع المسالة في المنكر حيث قال ادعى مائة دينارا او حقا مطلقا او دنانير لم يبين قدرها فقال رجل دعه فانا كفيل منه بنفسه ان لم يوافك به غدا فعليه مائة دينار هذا كلامه فعلم ان المائة يجب سواء ذكر معرفا او منكرا والتعليل المذكور انما ياتي في المعرف فوجه قولهما اذا وقع المائة في كلام الكفيل منكرا **اجيب** بان المذكور ان كانت معرفة فلا شك انه منصرف الى ما عليه لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى وان كانت نكرة يصرف اليه ايضا اما لان المعرفة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاولى عند البعض واما لان الاصل في كلام العاقل هو التصحيح ولا يصح الكفالة لا بصرف المائة الى ما عليه **فان قلت** انما يصح صرف المائة المدعى اذا ادعى مائة عليه اما لو ادعى حقا مطلقا من غير بيان قدرها فلا وجه لصرفها اليه لانه غير مذكور في كلام المدعي عليه **اجيب** بان المائة الدينار انما يجب على المدعا عليه اذا ادعى المائة عند القاضي وبيانه عنده يلتحق بالاول فيصير كالمذكور في الابتداء كانه ادعى مائة ثم كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص ذكر في حواشي بعض العلماء ان المراد بالنفس نفس الحدود والقصاص لا نفس من عليه الحدود والقصاص **قلت** الكفالة بنفس الحد والقصاص باطلة بالاتفاق فلو كان المراد بالنفس نفس الحدود لم يصح التقييد بقوله عند ابي حنيفة **قوله** وفي القصاص لانه خالص حق العبد **قلت** سماه خالصا بالنسبة الى حد القذف ولا فهو ليس بخالص حق العبد بل فيه حق الشرع لكنه مغلوب **قوله** بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت به نفسه اما قبل اقامة البينة فلان احدا لم يتحق

الدعوى

عليه الحضور مجلس الحكم بسبب لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل واما بعد اقامتها قبل التعديل فقد يحبس وبالحبس يستغني عن الاستيثاق بالكفيل واما حد القذف والسرقة فحضور المدعا عليه مجلس الحكم مستحق عليه بنفس الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور فاذا كفل عنه جاز كذا ذكره الامام المحبوبي **قوله** لحصول الاستيثاق بالكفالة وقد يقال الحبس للتهمة لا للاستيثاق حتى يغني عنها الكفالة **قوله** لانه دين يطالب به يمكن الاستيفاء هذا القدر لا يكفي لجواز الكفالة فانها لا يجوز بدين الكتابة مع كونه دينا يطالب به يمكن الاستيفاء **قوله** دينا صحيحا قالوا الدين الصحيح ما لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وفيه احتراز عن دين الكتابة لانه يسقط بالتعجيز ايضا ولكنه يشكل بدين الخراج فانه دين صحيح حتى يصح الكفالة به مع انه يسقط بلا اداء وابراء لانه يسقط اذا اصطلم الزرع آفة ولئن قيل ان الخراج لا يتقرر الا اذا سلم عن الافة وبعد ما تقرر لا يسقط الا بالاداء او بالابراء فكان دينا صحيحا قلنا فدين الكتابة ايضا لا يتقرر الا اذا انقطع احتمال التعجيز بان مات عن وفاء **قوله** فيتحمل فيه الجهالة اي الجهالة اليسيرة دون المتفاحشة كذا في الشاهان وفي الذخيرة كفل بنفس فلان او بما عليه فالكفالة جائزة لانها لو لم يجز انما لم يجز لجهالة المكفول به ولا ان جهالة المكفول به وان فحشت لا يمنع صحة الكفالة والكلام هنا في جهالة المكفول فلا يصح التقييد باليسيرة **قوله** يتحمل حوالة اعتبارا للمعنى **فان قلت** كيف يصح استعارة الكفالة للحوالة مع التنافي بينهما اذ الكفالة يبقى من بقاء الدين والحوالة عن زواله عنه **اجيب** بانهما متوافقتان في الغرض والمقصود لان كلا منهما شرع للاستيثاق والله اعلم **قوله** والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والزعيم هو الكفيل وامكن حمله على الكفالة من الملك بان قال المنادي للعيران الملك يقول لكم لمن جاء الاية فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان كان المنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بالاستيجار يصح ان يكون كفيلا بالاجرة عن المرسل كذا في الكافي **قلت** حمله على الاستيجار هنا متعذر لان المؤجر مجهول واستيجار المجهول باطل فالظاهر انه من باب الجعل وانه على المالك فيكون المنادي كفيلا عنه بالضرورة **قوله** بمجرد الشرط اي بشرط مجرد عن الملاءمة **قوله** الا انه يصح الكفالة متعلق بقوله وكذا اذا جعل واحدا منهما او بقوله لا يصح التعليق بمجرد الشرط الى اخره وهذا بناء على اختلاف الروايتين فيما اذا قال ان هبت الريح فانا كفيل هل تصير كفيلا في

الحالا

رواية لا يصير كفيلا فيجعل قوله الا انه يصح الكفالة متصلا بصورة التاجيل وفي رواية يصح الكفالة
فيتصل قوله الا انه يصح الكفالة بصورة التعليق والتاجيل جميعا وسنبين تحقيقه ان شاء الله
تعالى قوله لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشرط قال الشارح في مثل اللفظ اشتباه لانه لو اراد
بقوله لما صح تعليقها تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا هبت الريح فانا كفيل فانه غير
صحيح فان هناك لا يصير كفيلا اصلا ذكره في فتاوى قاضيخان والمبسوط وقال في الكتاب الا انه
يصح الكفالة وان اريد بمثل اللفظ تاجيل الكفالة الى مثل هذه الشروط فالحكم الذي ذكره صحيح حيث
يصح الكفالة ويبطل الشرط الا انه ليس بتعليق لانه تاجيل وهو غير التعليق فالوجه انه ذكر التعليق
واراد به التاجيل بجامع ان كلا منهما يوجب عدم الحكم في الحال ثم لفظه قلت اولا انه ذكر في
الفصول تعليق الكفالة بشرط متعارف يجوز وان كان شرطا محضا بان قال ان دخل فلان الدار او
ان هبت الريح فالكفالة جائزة والشرط باطل وهكذا ذكر في الكنز حيث قال ولا يصح بنحو ان
هبت الريح وتصح الكفالة فعلى هذا قوله الا انه يصح الكفالة لا ينافيه ان يراد بقوله لما صح تعليقها
تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا هبت الريح فانا كفيل وثانيا ان معنى ما ذكر في الكتاب
ان التاجيل الى هبوب الريح ونحوه شرط فاسد فيصح الكفالة اذا كفل الى هذه الاجال ويبطل
الشرط لما ان الكفالة تحتمل التعليق بالشرط المتعارف وقد ثبت ان كل ما يحتمل التعليق بالشرط
لا يبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعتاق والكفالة كذلك فلا يبطل به وهذا معنى ظاهر نعم يشكل
بما ذكر في الكافي في باب الحوالة حيث قال كفل رجل عن رجل على ان يعطي الطالب غريما
له آخر او على ان يهب للكفيل او للاصيل عينا او على ان يهب الطالب الدين للاصيل بطلت
الكفالة لانه شرط مخالف لمقتضى العقد هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر قوله لانه ملك
الدين بلا اداء قلت هذا يشعر بان الكفيل انما يملك الدين بالاداء وذكر فيما بعد انه يجب للكفيل
على المطلوب مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة
الدين المؤجل وفيه اشارة الى انه يملك دينا آخر على المطلوب قبل الاداء فكانت هنا طريقين
احدهما ما ذكر هنا من ان الكفيل بعد الاداء يملك ما للطالب على المطلوب ويتم مقاصة والثاني
ما اشار ثمة من انه يجب للكفيل بمجرد الكفالة على المطلوب مثل ما وجب للطالب عليه الا على
انه دين مؤجل يتأخر مطالبته الى ان يؤدي وصحة ابراء الكفيل للمطلوب قبل ادائه دينه
على هذا الطريق ظاهرة فاما على الطريق الاول فبناء على انعقاد سبب ملك الدين وهو
الكفالة والابراء كما يصح بعد تحقق الدين في الذمة يصح بعد انعقاد سببه قبل تحققه الا يرى
ان ابراء الغاصب قبل هلاك المغصوب جائز مع ان قيمته انما تثبت في الذمة دينا بعد

الهلاك

الهلاك قوله كما اذا ملكه بالهبة بان وهب رب الدين له فان قلت اليس انه تمليك
الدين من غير من عليه الدين وانه لا يصح قلت يصح اذا سلطه على القبض وهنا كذلك لان
له الرجوع على المكفول عنه بما ضمن فصار كانه وهب الدين ووكله بالقبض كذا في الشاهات
لا يقال فيه توكيل الكفيل بقبض الدين وهو باطل لان هبة الدين من الكفيل ابراء له عما استوجب
بالكفالة واخراجه عنها فلا يلزمه توكيل الكفيل بقبض الدين ثم يشكل بان هبة الدين لو كانت
يصح اذا وكله بالقبض فلا خفاء ان الموهوب له انما يملك اذا قبض وعند ذلك يصير عينا فلا
يصح ان يقال انه ملك الدين بالقبض وقد قال في الكتاب كما اذا ملكه اي ملك الدين بالهبة
وفي الحاشية اذا ملكه بالهبة بان وهب رب الدين من الكفيل يملك الكفيل بطريق الانتقال
الى ذمته سابقا على الهبة فاذا ثبت في ذمته ملكه بالهبة ثم لفظها ولا يقال هبة الدين
ممن عليه ابراء ولو ابرأ الطالب الكفيل عن الدين لا يرجع على الاصيل فكذا اذا وهبه
لانا نقول انما لا يرجع الكفيل في صورة الابراء لان ابراء الكفيل اسقاط المطالبة عنه لا تمليك
الدين منه لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح ولا حاجة لتصحيح الابراء الى ايجاب
الدين في ذمته اذ الابراء للاسقاط ويكفي لصحة الاسقاط وجوب المطالبة فيكون ابراء الكفيل
بمعنى ابرائه عن مطالبته وبالابراء عن المطالبة لا يملك الدين فلا يرجع على المكفول عنه
ولو سلم ان الابراء يحتاج الى تقدير الدين في ذمة الكفيل فالابراء من حيث انه موضوع للاسقاط
لا يحتاج الى الدين الا بوصف يقبل الاسقاط وهو كونه وصفا شرعيا يظهر اثره في توجه
المطالبة فلا يقدر لتصحيح الابراء الا بجهة كونه وصفا شرعيا لا مالا فيكون ابراؤه اسقاطا
محضا لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد على خلاف ابراء سائر الديون الثابتة في الذمة
على الاطلاق اما الهبة فموضوعة للتمليك وضرورة التمليك ست الى ايجاب الدين في ذمة
الكفيل فلما وجب الدين في ذمة الكفيل لضرورة تصحيح الهبة ملكه بها فيرجع به على الاصيل
ولا يقال في هبة الدين معنى التمليك والاسقاط وجهة التمليك ان كان يوجب الرجوع
فجهة الاسقاط لا يوجبه فلا يرجع بالشك لانا نقول ذكر في هبة المبسوط ان هبة الدين
من الكفيل تمليك محض على خلاف هبة سائر الديون حتى لا يتم الا بقبوله ولعل الوجه
فيه ان الدين انما يحكم بثبوته في ذمة الكفيل ضرورة تصحيح الهبة والهبة في الحقيقة
تمليك ومعنى الاسقاط فيه تابع يثبت ضرورة كون الدين وصفا فمتى كان الدين ثابتا بالضرورة
والثابت بها يتقدر بقدرها والهبة يتم بجعل الدين ثابتا من حيث انه مال فلا يحكم
بثبوته من حيث انه وصف فيكون تمليكا محضا وهذا على قول من لا يجعل الدين في ذمة الكفيل

في المادون ان الاسقاطات لا يتوقف لان يقال القياس ان لا يتوقف لا سقاط فان شيا من
الاسقاطات كالطلاق والعتاق والنكاح لا يتوقف لكن بانت الاسقاط في تاجيل الدين عرف
بالنص بخلاف القياس لمساس الحاجة **قوله** ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بالشرط
فان قلت ذكر في الايضاح لو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا بري فوافاه
من الغد فهو بري فقد جوز تعليق البراة من الكفالة بالمال بموافاة المكفول به **قلت**
انما لا يجوز تعليق البراة اذا علق براة الكل بشرط محض لا منفعة للطالب فيه كدخول الدار
لانه غير متعارف كما لا يجوز تعليق الكفالة بخطر لا تعامل فيه واما البراة عن الكفالة بشرط موافاة
المكفول به براة متعاملة لما فيه من ابرا البعض واستيفا البعض وتعليق البراة عن البعض
بابقا البعض متعامل الا يرى ان الداين اذا قال عجل خمسماية على انك بري من الباقي
يجوز كذا في الشرح وذكر الشارح في الصلح ان الابرا يتقيد بالشرط ولا يتعلق به وفرق بين
التعليق والتقييد لفظا الشرط صحا في التقييد دون التعليق بشتمل ومعنى بانه يحصل في تقييد
الابرا البراة في الحال بشرط وجود ما قيد به حتى اذا لم يوجد المقيد يعود الدين وفي التعليق
لا يوجد البراة في الحال اصلا ثم قال وفيما اذا قال ادا الي غدا منها خمسماية على انك بري
من الفضل لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فسميناه تقييدا وتقييد الابرا
بالشرط جايز وتعليقه به لا يجوز حتى لو قال لغريمه او كفيله اذا اديت الي خمسماية فانت بري من
الباقي فهو باطل ولا يبرا وان ادي خمسماية سوا ذكر لفظ الصلح او لم يذكر لانه صرح بالتعليق
فيبطل كما لو قال اذا دخلت الدار فقد ابراتك هذا لفظه فاذكر هنا من قوله وتعليق البراة عن
البعض بابقا البعض متعامل ثم الاستدلال عليه بقوله الا يرى الي اخره يخالف ما ذكر في
الصلح ثم ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي والعشرين من كتاب الحيل ان تعليق البراة
بشرط متعارف فيما بين الناس صحيح عندنا والله اعلم **قوله** لما فيه من معنى التمليك ولا
يقال في الكفالة ايضا معنى التمليك حتى لا يصح الا بقبول المكفول له في المجلس وتعليقه
بالشرط المتعارف جايز لانا نقول قد صرح الشارح بان تعليق البراة من الكفالة ايضا يجوز
بالشرط المتعارف فاستويا ثم معنى التمليك على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر
وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لكونه وسيلة اليه **فان قلت**
ابرا الكفيل لا يرتد بالرد ولو كان فيه معنى التمليك لارتد به كساير الديون **اجيب** بان
في ابرا الكفيل ان كان معنى التمليك على نحو ما ذكر ففيه معنى الاسقاط راجح اما على قول من
يقول بثبوت الدين عليه فلما مر انه نحكم بثبوته عليه ضرورة توجه المطالبة اليه فيكون الاصل

اصلا بالضرورة ظاهر واما على قول من يقول بان اصل الدين يجب على الكفيل فينبغي ان
يكون هبة الدين منه تمليكا من وجه اسقاطا من وجه يتم بلا قبول كهبة ساير الديون
وقد اشار الشارح في اخر كتاب الهبة الي ان هبة الدين من الكفيل تمليك محض عند الكل
الا ان يقال ثبوت الدين في ذمة الكفيل عند من قال به ايضا ضروري يثبت ضرورة توجه المطالبة
من حيث ان المطالبة فرع الدين فلا يكون دونه فلا يظهر في غير المطالبة الا لضرورة
تصحيح الهبة **فان قلت** هلا نجعل هبة الدين من الكفيل بمعنى هبة المطالبة منه فيكون
اسقاطا محضا لانها لا تحتمل التمليك **اجيب** بانه يلزم تغييران جعل هبة الدين بمعنى هبة
مطالبة وجعل الهبة مجازا عن الاسقاط المحض ولو فرض الدين على ذمة الكفيل لا يلزم
الا محذور واحد وهو جعل الدين الواحد كدينين بخلاف الابرا اذ لا يلزم فيه الا تغيير واحد
وهو ان نجعل ابرا الدين بمعنى الابرا عن مطالبة وهو اهون من جعل الدين الواحد دينين
لان ذلك قلب الحقيقة **قوله** لانه لم يجب عليه شي حتى يملك الدين بالاداء **قلت** الفرق
بين الكفيل اذا ادي من مال نفسه والمامور باداء الدين اذا ادي بناء على ان المامور
متبرع في الاداء والكفيل مجبور عليه وذلك ان الكفيل لما كان مجبورا على الاداء لا يمكن
ان نجعل مقرضا ماله للمكفول عنه اذ المقرض متبرع وما على المتبرعين من سبيل فاذا تعذر
جعله مقرضا جعل موديا للدين الواجب على المكفول عنه ومن ادي دينا ملكه فاما المامور
فلكونه متبرعا يمكن ان نجعل مقرضا للآمر وانه اهون من جعله موديا للدين لانه يحتاج
الي تقدير الدين عليه لان اداء الدين ولا دين عليه محال والقرض لا يحتاج اليه فكان
اهون فيصار اليه عند الامكان ولا يمكن ان نجعل اداء الكفيل قرضا لانتفاء لازمه وهو
التبرع فيتعين اداء للدين واداؤه يستدعي تقدير الدين في الذمة ومن ادي دينا عليه يملك
لانه ادي بدله **قوله** لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية يعني ان الملك يثبت للوكيل ثم
ينتقل الي الموكل فصار كالبايع والموكل كالمشتري ولهذا كان للوكيل ولاية الحبس حتى يودي
الثمن اليه وكذا في التاتارخانية وهذا لا يتاتى على قول من لا يقول بثبوت الملك للوكيل وهو
الصحيح من المذهب فالاوجه ان يقال وانما يثبت المبادلة بينهما لان الموكل يتقبل في
المشتري الملك من جهة الوكيل فكان الوكيل بالشري بمنزلة البايع ثم القول بانعقاد المبادلة
بين الوكيل بالشري والموكل يشكل بان التوكيل بشرا الخمر او الخنزير جايز عند ابي حنيفة
رضي الله عنه ولو انعقد بينهما مبادلة حكمية لم تجز اذ الحرمة مما يمنع الي ايائها ويلحق الشبهة
بالحقيقة في غير موضع **قوله** لان التاخير ابرا موقت فكل لان الابرا اسقاط المطالبة وتاجيل

بالمامور

فيه المطالبة وهي لا تحتمل التمليك الا بوجه بعيد والدين ان كان محتملا فهو غير مقصود بالثبوت على الكفيل فلا يلتفت اليه واما على قول غيره فظاهر لان عليه المطالبة دون الدين فلما كان فيه معنى الاسقاط والتمليك اعتبرناهما جميعا فيما امكن الجمع بينهما كمسئلة التعليق فجوزناه بالمتعارف لا بغيره ولما كان معنى الاسقاط راجحا اعتبرناه فقط فيما لا يمكن اعتبار غيره مع اعتباره ترجيحا للراجح كمسئلة الارتداد بالرد فقلنا لا يرتد به قوله لا بنفس من عليه اذ الكفالة بنفس من عليه في بعض الحدود كحد القذف جائزة وان كان لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقدس قوله خلافا للشافعي رحمه الله فانه قال لا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة لان من شرط الكفالة ان يكون صحة الكفيل قادرا على الايفاء من عنده وهذا يتصور في الديون فاما في تسليم عين في يد الغير فالكفيل عاجز عنه ونحن نقول باب الكفالة ضم ذمة الى ذمة فيما كان مضمونا على الاصيل فيصح الالتزام من الكفيل فاما قوله لانه لا يقدر على الاداء من عنده قلنا تسليم ما التزم متصور في الجملة فيصح التزامه لان ما يلتزمه بعقده يعتبر فيه التصور فان قلت اذا استاجر دابة معينة للحمل عليه فتكفل به رجل لا تصح الكفالة وعلله المصنف رحمه الله بانه عاجز عنه لان الكفيل عاجز عن هذا الحمل لان الدابة ملك الغير وليس له ولاية عليه فلو اعتبر التصور في الجملة لصحت هذه الكفالة ايضا قلت جوابه متذكر من بعد قوله او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن لو كفل بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعدما استوفى المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا تجوز وفي الايضاح فان كفل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرتهن رده اذا قبض الدين قوله لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه لانه جاز ان يؤدي في الطريق او مات فلا يمكن الحمل كذا في الحاشية وهو غير مرضي لان العجز المرضي لا يقدح في صحة الكفالة الا يرى ان الكفالة بالنفس صحيحة مع توهم عجزه عن التسليم بموت المكفول عنه او غيبته غيبة منقطعة وكذلك التكفل بتسليم المستعار الى المعير جائز وكذا برد الرهن الى الراهن متى قبض الدين مع توهم ان يهلك المستعار او المرهون قبل التسليم فوضح ان العجز يوجب انتفاء الكفالة وتوهم انتفائها لا يقدح في جوازها والا لانسد بابها وهو مفتوح وفي الحاشية الاخرى لانه عاجز عنه اي عن الحمل على هذه الدابة لان الدابة ملك الغير وليس له ولاية على ملك الغير وفيه نظر اذ التكفل بتسليم العين وهو في يد الغير جائز كتسليم المستعار

الى المعير

الى المعير وتسليم المستاجر الى المستاجر وتسليم المبيع الى المشتري مع انه لا يقدر على نزع العين من يده وتسليمه الى المكفول له وانما اعتبر التصور في الجملة كما ذكرنا من الايضاح فكله موجود فيما نحن فيه ايضا الا ان يقال المعتبر هو التصور في الجملة ولكن ذلك انما يكون فيما اذا كفل بما هو مستحق على المكفول عنه كتسليم المبيع والمستاجر والرهن لانه يمكنه حينئذ ان يستعين باعوان القاضي فيسلمها اليه اما فيما نحن فيه فقد كفل بالحمل وهو ليس بمستحق على المكفول عنه فيما اذا كانت الدابة معينة فلا يمكنه ان يستعين باعوان القاضي مثلا حتى يأتي بما التزمه نعم يمكنه الحمل على تلك الدابة برضا المكفول عنه وهو موهوم يحتمل ان يرضى وان لا يرضى فلا يثبت القدرة قطعا في الجملة ايضا وهي من شرط صحة الكفالة فلا يصح دونها فعلى هذا كان عجزه من الحمل راجعا الى كونه غير مستحق على المكفول عنه فكانه قال لانه غير مستحق عليه فلا يصح الكفالة به وهذا وجه صحيح قوله والحمل هو المستحق فان قلت هذا يأتي ايضا اذا كانت الدابة معينة فيقول نعم الحمل هو المستحق ثمه لكن لما كانت الدابة معينة يقع المنازعة بينهما في رعية السير وغير ذلك كذا في الحاشية وفيه نظر اذ لو كان المستحق هو الحمل ثمه ايضا لكان ينبغي ان لا يجب الاجرة الا بالحمل والمسئلة بخلافه فقد ذكر في التاتارخانية انه لو سلم الدابة في المسئلة الاولى ولم يحمله يلزمه الاجرة ولو سلم في المسئلة الثانية ولم يحمله لم يجب الاجرة فظهر ان الحمل غير مستحق انما المستحق هو التسليم لا غير فلا يصح قوله نعم الحمل هو المستحق ثمه ايضا على ان الكفالة عقد مساهلة فلا يفضي الى النزاع في رعية السير الا يرى ان الجهالة اليسيرة متحملة فيها حتى تجوز الكفالة الى الحصاد والدياس ونحو ذلك من الآجال قوله ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة فيقوم بهما فان قلت هبة الدين ممن عليه تمليك ايضا مع انها لا تتوقف على القبول ذكره في المغني قلت ذكر الشارح رحمه الله في آخر كتاب الهبة نقلا عن هبة المبسوط ان هبة الدين لمن عليه الدين لا يتم الا بقبوله والابراء يتم من غير قبول وعن زفر انه سوى بينهما وقال يتم الهبة والابراء قبل القبول وهو دليل على ان هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله قلنا ان نمنع فان قلت لو كان في الكفالة معنى التمليك لما صح تعليقها بالشرط وقد مر ان تعليقها بالشرط المتعارف جائز وان اجيب بانا جوزناه عملا بشبه النذر يرد عليه هبة الدين ممن عليه والابراء عنه فانه لا يجوز تعليقهما بالشرط لا بالمتعارف ولا بغيره مع انه يشبه الطلاق لما فيه من معنى الاسقاط قلت لما ثبت في الكفالة معنى النذر والتمليك لا بد وان يعمل بهما وذلك اما ان يقال بانها

لا يتعلق بالشرط والكفالة بتعليقه بما يكون الدين او يتعلق بالشرط المتعارف دون غيره ولكن تعين
الطريق الثاني بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم **قوله** لا انه مسيئه واحاله
وفي الذخيرة قال المطلوب لرجل اكفل وقبل عند المطلوب ان وجد الخطاب او القبول
منه في صحته لا يصح الكفالة لان المطلوب لا يصلح نائبا عن الطالب في الاستيفاء فلا يصلح
نائبا عنه في قبول الكفالة لانه سبب الاستيفاء بخلاف الطالب والاجنبي لان الطالب يصح
منه الاستيفاء والاجنبي يصلح نائبا عنه في الاستيفاء فيصح منهما قبول الكفالة القياس طريقه
الاستيفاء وان وجد في مرض الموت فان خاطب اجنبيا لا يصح وان خاطب وارثه فكذا القياس
ان لا يصح لان المطلوب لا يصلح نائبا عن الطالب في قبول الكفالة وفي الاستحسان يصح لان
المريض مطلوب حقيقة واجنبي اعتبارا لانه وجد سبب سقوط المطالبة وتوجهها الى الوارث
ولو كان مطلوبا من كل وجه لم يصح خطابه في حق الوارث والاجنبي جميعا ولو كان اجنبيا
من كل وجه صح في حقهما فاذا كان مطلوبا من وجه صح في حق الوارث دون الاجنبي عملا
بالشبهين الا انا عملنا بشبه الاجنبي في حق الوارث لا في حق الاجنبي لانا لو عملنا بشبه كونه
مطلوبا في حق الوارث وقد صار المريض في حق الوارث كالاجنبي من وجه لصيرورة الوارث
مطلوبا من وجه لزمنا العمل بهذا الشبه في حق الاجنبي لان الاجنبي لم يصر مطلوبا بمرضه
بوجه حتى يصير المريض كالاجنبي في حقه فيتعطل العمل بالشبهين **وفيه بحث** لان
المريض لو اعتبر اجنبيا في حق الوارث من حيث ان المرض سبب سقوط المطالبة عنه وتوجهها
الى الوارث لزمنا ان يعتبر الوارث مطلوبا والمطلوب لا يصح كفيلا فقبيله يتحقق المانع من
قبل الوارث وان كان يرتفع من قبل المريض فلا يمكن اعتباره اجنبيا فيتعطل العمل بالشبهين
فينبغي ان يعتبر اجنبيا في حق الاجنبي مطلوبا في حق الوارث ليتحقق العمل بالشبهين ثم يكفي
لاعتباره اجنبيا التحقق سبب سقوط المطالبة عنه من غير ان يعتبر توجهها الى الوارث
ولكن يعتبر توجهها الى الوارث في صيرورته اجنبيا وان الوارث انما يطالب بدين
الميت خلافة عنه والخلف يتحقق الاصل ولا يبطله فلا وجه لاعتباره اجنبيا سوى ان
المرض سبب لسقوط الدين في الجملة وفيه الاجنبي والوارث سواء فلا يلزمنا من اعتباره
مطلوبا في حق الوارث اعتباره مطلوبا في حق الاجنبي حتى يتعطل بالشبهين بل الامر على
العكس لانه لو اعتبر اجنبيا في حق الوارث وانه خليفته والخلافة تحقق المطالبة على الاصل
فلان يعتبر اجنبيا في حق الاجنبي وانه ليس بخليفته عنه اولى والله اعلم **قوله** لان
ذلك وصية في الحقيقة قال الشارح من حق التعليل ان يقال فيه معنى الوصية لا ان يكون

ثم هاهنا بحث وذلك لما صار ان الملك من عمر المالك لا يتكرر في الكفالة على المطالبة كيف علا عنه فالظاهر ان التزام المطالبة على نفسه متبرعا فيه لما تبرع كما ذكروا في الهبة انه مرع ثم بالتبرع

المرض

الكل

ذلك

ذلك وصية من كل وجه والا لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وقد ذكرنا ان هذا لا
يصح في حال الصحة **قلت** لا نزاع ان قوله تكفل ليس بوصية بصيغته ولكن وصية الحال
لحاجة المريض اليه تفريغا لذمته وللضرورة الى جعله وصية من الصحيح لانه في سعة
يمكنه اداء الدين بنفسه فلا يكون محتاجا الى تصحيح قوله تكفل عني بجعله وصية لحاجة
المريض اليه على ان قوله وصية في الحقيقة معناه انه وصية معنى لا صورة فقوله
هذا وقوله فيه معنى الوصية سواء ثم لما كان وصية معنى كفالة صورة اعتبر في الصحة
جانب الصورة فاشترط قبول المكفول له واعتبر في المرض جانب المعنى فلم يشترط ذلك عملا بجهتي
المعنى والصورة **قوله** او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه
نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه **فان قلت** هذا الوجه يقتضي ان يكون هذا كفالة حقيقة
فينبغي ان يصح وان لم يكن له مال وقد قالوا انها انما تصح اذا كان له مال وايضا قد
ذكر المصنف بعد هذا انه يجب بالكفالة على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه
الا انه اخر المطالبة الى وقت الاداء فاذا كانت الكفالة توجب دين الكفيل على
المكفول عنه كيف يقبل تصحيحها تفريغ ذمته من الدين الحايل بينه وبين الجنة
اجيب من الاول بان تصحيح الكفالة بنى على قيام المريض مقام الطالب وانما يصح
ذلك ان لو جعل المريض كالاجنبي والا لصار الشخص مطالبا ومطالبا وهو غير جائز ولن
يكون كالاجنبي الا اذا كان له مال لان حق الغرماء حينئذ يتعلق بماله وينتقل من
الذمة الى المال فيصير هو كالاجنبي فجاز ان يجعل قائما مقام الطالب اما اذا لم يكن له مال
فالحق لا ينتقل من ذمته الى ماله فلا يكون كالاجنبي فكيف يجعل قائما مقام الغريم
فلا يتم الكفالة بقوله وعن الثاني بان كفالة الوارث ان كان يوجب دينه على المريض
فدين الوارث اسهل قضاء من دين الاجنبي اذ هو اقدر على اقتضاء دينه لمكان التركة
في يده على ان الوارث انما يقضي دينه من تركة المريض لا من ماله وهذا مقصود المريض
ايضا فلا يبقى دينا له على المريض **قوله** لانه يراد به التخفيف دون المال ومن ظاهر
في هذه الحالة كان يعرف من الغايب يكون انجابا باعتبار لو كتب اليه يعني كذا بكفالة فلما
بلغ اليه الكتاب وقال نعم تم البيع لانه من الغايب تمليك لا اسما ومتن المسألة ذكره بعض
الشارحين في اول البيوع **قوله** انه كفل بدين ما قطع الخ وقد يقال هذا تعليل في مقابلة
النص فقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى بجنازة رجل من الانصار ليصلي عليه
فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين فقالوا درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة فقام

المرض

كان

لبرئتا دفقال ماعلي يارسول الله وفي رواية فأن ذلك علي رضي الله عنه فصلي عليه رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولولم يصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى **قوله** لان الدين
من الفعل حقيقة ولقايل ان يقول لانسلم انه الفعل بل هو وصف شرعي يظهر اثره في
توجه المطالبة كيف والفعل ههنا انما هو التسليم وقد وقع التنصيص منهم بان التسليم انما يجب
بالمطالبة واما الدين فيجب بنفس العقد وكذا الدين المؤجل موصوف بالوجوب وتسليمه
انما يجب بعد حلول الاجل بالمطالبة لان الواجب في الذمة هو ماهية الدرهم او الدينار
مثلا ووجوبه عبارة عن شغل الذمة بها وانه امر شرعي يظهر اثره في توجه مطالبة تسليم
تلك الماهية الى من وجب له وتسليمها لا يتصور الا بتسليم فرد من افرادها اذ الماهية
لا وجود لها الا في ضمن الفرد والدين هو الماهية المعقولة في الذهن واداء تسليم
فرد منها الى صاحب الحق والعين ان كانت لا تحتمل الوصف بالوجوب فالماهية المعقولة
تحتمله فاتصافه بالوجوب لا يوجب ان يكون فعلا فكانه تسامح في جعله الدين من الفعل
حقيقة من حيث ان المقصود من الدين لما كان من الفعل اعتبره فعلا **قوله** وقد
عجز بنفسه وقد يقال القدرة الممكنة شرط الوجوب دون البقاء على ما عرف فكيف يترتب
السقوط على طريان العجز بالموت بعد تحقق القدرة حين الوجوب **قوله** بخلاف
ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال للكفيل انت رسولي بدفع هذا المال الى
الطالب لان الكفيل لم يقبض المال لنفسه بل قبض للطالب فيكون امانة في يده لا
يقال الرسول من يعمل للغير والكفيل عامل لنفسه لانه يسعى في فكاك ذمته عن
المطالبة او الدين الا يرى ان الطالب لو وكل الكفيل بقبض الدين من المكفول عنه
لا يصح ولهذا المعنى فينبغي ان لا يكون رسولا ايضا لانا نقول ان المصنف رح لم
يدع ان رسالة الكفيل بهذا صحيحة حتى يرد عليه ذلك بل ادعى ان قبضه على وجه
الرسالة قبض امانة فلا يكون مالكا فلا يطيب الربح له ويملك الدافع الاسترداد فاما ان
يكون هذه الرسالة صحيحة او فاسدة فلم يتعرض له وهذا الذي ذكرنا انه يملك الاسترداد اذا
كان الدفع على وجه الرسالة هو رواية الحاشية وعليه ظاهر لفظ الكتاب ولكن ذكر في
الكافي انه لا يكون له الاسترداد فيما اذا دفعه على وجه الرسالة ايضا حيث قال
بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة حيث لا يصير المؤدي ملكا للكفيل بل هو امانة
ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب فالمطلوب
بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه هذا كلامه **فان قلت** فيجب ان لا يكون له

ولابد

ولابد للاسترداد فيما اذا دفع الى غير الكفيل على وجه الرسالة ايضا حيث تعلق به حق الطالب
اجيب بان رسالة الكفيل غير صحيحة لما ذكرنا انه عامل لنفسه والرسول من يعمل للغير
فبقي قبض بجهة انه مطالب بالاداء فلا يملك استرداده بخلاف غيره من الرسل لانه قايم
مقام المرسل ويده كيده ولو كان في يده كان له ولاية التصرف فيه فكذا هنا **قوله**
نظرا الى قوله علي وهو فاسد لجهالة الخسران كذا في الحاشية **وفيه بحث** اذ جهالة المكفول
به لا يمنع صحة الكفالة فالاولى ان يقال انما لا يصح هذا الضمان لانه انما يصح بما هو مضمون
على المكفول عنه والخسران غير مضمون على احد فلا يصح ضمانه حتى لو قال رجل لآخر
بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن كان باطلا **قوله**
ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما في زعمه **فان قيل** من اشترى عبدا ثم باعه ورد
عليه بعيب بالبينة لم يكن له ان يرده على بايعه عند محمد رح لان القاضي لما قضى عليه
بالرد فقد كذبه في زعمه **قلت** انما لم يكن له ان يرده على بايعه لان قوله لا عيب نفي
للعيب في الحال والماضي والقاضي كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول
لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني وجواب ابي يوسف رح عن هذا
قد قدمناه في خيار العيب ثم يشكل بهذا ما اذا مات عبد في يد رجل واقر انه غصبه من
زيد فعليه قيمته لزيد فان برهن رجل ان العبد له فقيمته لمن برهن ولا شيء لزيد على
المقر لانه ما اقر له صار مكذبا بالبينة فان وهب المبرهن تلك القيمة في صحته للمقر او مات
فورثها المقر او ورث مثلها ردها على زيد لانه زعم انها اخذ المبرهن حق المقر له وانه
اخذ بغير حق فصار دينا عليه وما وصل الى المقر وصل بالارث او بالوصية والدين مقدم
عليهما كذا في الكافي في باب الحوالة فقد اخذ المقر بما زعم مع انه قد صار مكذبا في زعمه شرعا
يدل على انه مكذب في هذه المسألة شرعا ما ذكر في الذخيرة حيث قال عبد في يدي رجل ابق
من يده جاء رجل وادعى انه عبده واقام عليه بينة واقام ذو اليد بينة انه غصبه من فلان
قضي بقيمة العبد للمدعي على الذي كان العبد في يديه ثم اذا عاد العبد من الاباق فهو
للمدعى عليه ولا يؤمر برده الى فلان وكان ينبغي ان يؤمر لانه لما اقر انه غصب من الغائب
فقد اقر ان رده واجب عليه اذا قدر على الرد وقد قدر عليه الا ان القاضي لما قضى
على صاحب اليد بالعبد للمدعي حتى قضى عليه بقيمة العبد فقد كذبه في اقراره لزم عليه
رد العبد على الغائب بسبب الغصب وهذا القضاء نافذ ظاهرا وباطنا لان صاحب اليد
ما اقر بالملك للغائب نصا وليس من ضرورة الاقرار بالغصب من الغائب الاقرار بالملك له الا ان

الاثبات قد يغصب من غير المالك ايضا فلم يكن في زعم صاحب اليد ان العبد ملك الغايب وان شهود المدعي زور ليمتنع نفاذ القضاء بالملك المرسل للمدعي باطنا فينفذ القضاء باطنا فيثبت تكذيب المدعا عليه بخلاف ما اذا اشتري عبدا اقر انه ملك البايع ثم استحق بالبينة ثم عاد الي المشتري بسبب حيث يلزمه رده الي بايعه ان كان البيع قد فسخ لان هناك اخذ بملك البايع نصا وكان في زعمه ان شهود المدعي زور وقد قامت علي ملك مرسل والقضاء بشهادة الزور في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا واذا لم ينفذ باطنا فهو في زعم المشتري لم يصير مكذبا من جهة القاضي فيما اقر من الملك للبايع بزعمه فبقي اقراره صحيحا فلان فوجب الرد علي البايع اذا وصل اليه حق لو اشتري ولم يقر بالملك للبايع نصا ثم استحق فعاد اليه لا يومر بتسليمه الي البايع فالفرق بين مسلة الكتاب ومسلة الكافي مشكل وبين مسلة الكافي ومسلة الذخيرة اشكل ثم ما اشار اليه في الذخيرة من ان تكذيب القاضي انما يبطل الزعم ان لو كان القضاء نافذا ظاهرا وباطنا ينتقض بمسلة العيب فان القضاء بوجود العيب من حيث انه لا يحتمل الانشاء لا ينفذ باطنا مع انه اعتبر تكذيبا وجعل الانكار كالعدم عند ابي يوسف رحه الا ان نحمل علي مذهب محمد رحه خاصة **قوله** لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب شريكه يودي الي قسمة الدين قبل قبض وذا لا يجوز وذكر في الفوايد الظهيرية الضمان باطل لان ما يخص بنصيب احدهما فللاخر ان يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان احدهما لو اشتري بنصيبه منه شيا كان للاخر ولاية المشاركة فلو صح الضمان فما يودي الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه علي الشريك فيبطل الاداء في ما وقع الرجوع فيه وبصير كانه ما ادي الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الي ان لا يبقي شي وهذا معني قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتدا ابطاله انتهاء ولا معني لما قيل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الي نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله لا وجه الي الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معني له ايضا لانعقاد الاجماع علي ان احدهما لو اشتري بنصيبه يجوز وليس فيه قسمة الدين فكذا اذا ضمن احدهما بنصيبه فالتعويل علي ما ذكرنا كذا في الشرح **والجواب** اما عن الاول ان الضمان يضاف الي نصيب شريكه فكيف يصح شايعا فلان معني هذا الترديد ان ذكر نصيب الاخر ان كان للتقدير به بمعني ان يكون كفيلا بمقدار نصيب الاخر يلزم ان يكون ضامنا لنفسه وان كان للتحقيق يلزمه قسمة الدين قبل قبض وهذا ترديد صحيح واما عن قوله ولا معني لهذا ايضا الخ فنقول ذكر الشارح في كتاب الصلح ان قسمة الدين قبل القبض لا يجوز

فصل اما ضمنا فجايز وفيما اذا اشتري بنصيبه ان كانت قسمة الدين قبل القبض فهي في ضمن صحة الشراء فيجوز كما لو صالح احد الشريكين بنصيبه علي ثوب يجوز لان قسمة الدين هناك في ضمن صحة المصالحة وفيما نحن فيه لو صح الكفالة يلزم القسمة قصدا لان الدين في الكفالة اصل حتي يبطل ببطلانه فيكون الكفالة واقعة علي نصيب الشريك من الدين قصدا فيلزم قسمته قصدا وذا لا يجوز اما الشري فغير وارد علي الدين قصدا لان الدين لا يتعين للثمن فيكون لا اضافة اليه ولا للاطلاق سواء ولا سقوطه بطريق المقاصة ضرورة التقاء الدينين فيكون اخرهما قضاء للاول ولان الثمن في الشري تابع والمقصود هو المبيع فيكون الشري واقعا علي المبيع قصدا وعلي الثمن ضمنا والصلح عن الدين بالمال في معني الشري فالحق به والكفالة واقعة علي الدين قصدا فلا يجوز بنصيب احدهما خاصة الا يري انه لو اجل احد الشريكين من نصيبه من الدين لا يجوز عند ابي حنيفة رحه ومحمد رحه لانه يودي الي قسمة الدين قبل قبض لما ان الاجل يقع علي الدين قصدا فاذا كان لو اشتري احدهما شيا بنصيبه من الدين جاز وليس فيه قسمة ممنوع بل فيه ايضا قسمة ولكن ضمنا لا قصدا وفي الكفالة قسمة قصدا فافترقا ثم ما ذكر في الفوايد من قوله بدليل ان احدهما لو اشتري بنصيبه منه كان للاخر ولاية المشاركة بخلاف ما ذكره المصنف رحه في الصلح انه لو اشتري احد الشريكين من المديون بنصيبه ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين ولا سبيل للشريك علي الثوب في البيع وللشريك ان يتبع الغريم ايضا اللهم الا بتاويل **قوله** ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعي حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الي اجل **فان قلت** هذا بيان تغيير وهو يصح موصولا فينبغي ان يكون للمقر **اجيب** بانه ان كان بيان تغيير فصحته متصلا لا يستلزم قبول قوله بلا حجة بل ان انكارا محضا يقبل وان كان دعوي شي لنفسه لا يقبل الا بحجة اذ البينة علي المدعي واليمين علي المنكر نظير الاول ما اذا قال غصبت الفا فقال وهي ستوقة ووصل كان القول له لانه ينكر وجوب غيره فمن ادعي عليه غيره فعليه الحجة ونظير الثاني ما اذا قال رب المال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح الا غيرها فالقول للمضارب ولا يصدق في قوله وزيادة عشرة لانه يدعي بذلك عقدا اخر وهو الاجارة بدعوي فساد عقد المضاربة لانها اذا افسدت تصير اجارة فلا يصدق فيه وفي الحاشية ان بيان التغيير يصح موصولا اذا لم يكن له مكذب وهنا مكذب فلا يصح ويرد عليه ما اذا اقر بغصب الف ثم قال هي ستوقة فانه يصدق مع تكذيب المقر له الا ان يراد بالتكذيب انكار ما يدعيه المقر حقا لنفسه فيول الامر الي ما ذكرنا **قوله** والثاني هو الحق الثاني بالاول ولابي يوسف فيما يروي عنه الحق الاول بالثاني في الكفالة عامة

الاثبات قد ينفصل من غير الملك ايضا فلم يكن في زعم صاحب اليد ان العبد ملك الغايب وان
شهود المدعي زور ليمتنع نفاذ القضاء بالملك المرسل للمدعي باطنا فنفذ القضاء باطنا فثبت تكذيب
المدعا عليه بخلاف ما اذا اشترى عبدا اقر انه ملك البايع ثم استحق بالبينة ثم عاد الى المشتري
بسبب حيث يلزمه رده الى بايعه ان كان البيع قبل فسخه لان هناك اقر بملك البايع نصا وكان
في زعمه ان شهود المدعي زور وقد قامت على ملك مرسل والقضاء بشهادة الزور في الاملاك المرسلة
لا ينفذ باطنا واذا لم ينفذ باطنا ثم في زعم المشتري لم يصر مكذبا من جهة القاضي فيما اقر من الملك
للبايع بزعمه فبقي اقراره صحيحا كما كان فوجب الرد على البايع اذا وصل اليه حتى لو اشترى
ولم يقر بالملك للبايع نصا ثم استحق وعاد اليه لا يؤمر بتسليمه الى البايع فالفرق بين مسئلة
الكتاب ومسئلة الكافي مشكل وبين مسئلة الكافي ومسئلة الذخيرة اشكل ثم لما اشار اليه في
الذخيرة من ان تكذيب القاضي انما يبطل الزعم ان لو كان القضاء نافذا ظاهرا وباطنا
ينتقض بمسئلة العيب فان القضاء بوجود العيب من حيث انه لا يحتمل الانشاء لا ينفذ باطنا
مع انه اعتبر تكذيبا وجعل الانكار كالعدم عند ابي يوسف ثم الا ان نحمل على مذهب محمد
خاصة قوله لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب شريكه
يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز وذكر في الفوايد الظهيرية الضمان باطل
لان ما يتعلق بنصيب احدهما فللاخر ان يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان احدهما لو اشترى
بنصيبه منه شيا كان للاخر ولاية المشاركة فلو صح الضمان فما يؤدي الضامن يكون بينه
وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فيبطل الاداء في ما وقع الرجوع فيه
ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى
شي وهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء ولا معنى لما قيل
لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف من نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب
شريكه فكيف يصح شايعا وقوله لا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض
لا معنى له ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه يجوز وليس فيه قسمة الدين
فكذا اذا ضمن احدهما بنصيبه فالتعويل على ما ذكرنا كذا في الشرح والجواب اما عن الاول
ان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا فلان معنى هذا الترديد ان ذكر
نصيب الاخر ان كان للتقدير بمعنى ان يكون كفيلا بمقدار نصيب الاخر يلزم ان يكون ضامنا
لنفسه وان كان للتحقيق يلزم قسمة الدين قبل قبضه وهذا ترديد صحيح واما عن قوله ولا
معنى لهذا ايضا الخ فنقول ذكر الشارح في كتاب الصلح ان قسمة الدين قبل القبض لا يجوز

فصلا اما ضمنا فجائز وفيما اذا اشترى بنصيبه ان كانت قسمة الدين قبل القبض ثمة في ضمن صحة
الشراء فيجوز كما لو صالح احد الشريكين بنصيبه على ثوب يجوز لان قسمة الدين هناك في ضمن صحة
المصالحة وفيما نحن فيه لو صح الكفالة يلزم القسمة فصلا لان الدين في الكفالة اصل حتى يبطل
ببطلانه فيكون الكفالة واقعة على نصيب الشريك من الدين فصلا فيلزم قسمته فصلا وذلك
لا يجوز اما الشرى فغير وارد على الدين فصلا لان الدين لا يتعين للثمنية فيكون الاضافة
اليه وللاطلاق سواء ولا استبدال بطريق المقاصة ضرورة التقاء الدينين فيكون اخرهما قضاء
[...] الثمن في الشرى تابع والمقصود هو المبيع فيكون الشرى واقعا على المبيع فصلا
[...]نا والصلح عن الدين بالمال في معنى الشرى فالحق به والكفالة واقعة على
[...] فلا يجوز بنصيب احدهما خاصة الا يرى انه لو اجل احد الشريكين من نصيبه من
[...] عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه لما ان الاجل
[...] فصلا فاذكر انه لو اشترى احدهما شيا بنصيبه من الدين جاز وليس فيه قسمة
[...] ايضا قسمة ولكن ضمنا لا قصدا وفي الكفالة قسمته فصلا فافترقا ثم ما ذكره في الفوايد
[...] ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه كان للاخر ولاية المشاركة بخلاف ما ذكره
[...]الصلح انه لو اشترى احد الشريكين من المديون بنصيبه ثوبا كان لشريكه ان يضمنه
[...]سبيل للشريك على الثوب في البيع وللشريك ان يتبع الغريم ايضا اللهم الا بتاويل
[...] الفرق ان المتقاضي بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو اخبر الطالبة الى اجل
[...]بيان تغيير وهو يصح موصولا فينبغي ان يكون للمقر اجيب بانه ان كان
[...] متصلا لا يشترط قبول قوله بلا حجة بل ان انكاره محضا يقبل وان كان
دعوى شي لنفسه لا يقبل الا بحجة اذ البينة على المدعي واليمين على المنكر نظيره الاول ما اذا
قال غصبت الفا فقال وهي ستوقة ووصل كان القول له لانه ينكر وجوب غيره فلو ادعى
عليه غيره فعليه الحجة ونظير الثاني ما اذا قال رب المال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة
وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح لا غير فالقول للمضارب ولا يصدق في قوله وزيادة
عشرة لانه يدعي بذلك عقدا اخر وهو الاجارة بدعوى فساد عقد المضاربة لانها اذا انعقدت صارت
اجارة فلا يصدق فيه وفي الحاشية ان بيان التغيير يصح موصولا اذا لم يكن له مكذب وهنا
مكذب فلا يصح ويرد عليه ما اذا اقر بغصب الف ثم قال هي ستوقة فانه يصدق مع تكذيب
المقر له الا ان يراد بالتكذيب انكار ما يدعيه المقر حقا لنفسه قبول الامر الى ما ذكرنا قوله
والثاني هو الحق الثاني بالاول ولابي يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني هكذا في عامة

وفي الاصلاح عارة يصح للبناء
او للغرس مطلقا الرجوع اي وقت
ان اطلق او وقت ويهدم
البناء ويقلع الاشجار ولا يضمن
في المطلق ويضمن في الموقت
عند اصحابنا الثلاثة لانه غره
خلاصه

النخ والصحيح ان يقال والنافي الحق الاول بالثاني وابو يوسف الحق الثاني بالاول لان
عند الشافعي يه القول للمقر في الفصلين ومذهب ابي يوسف فيما يروي عنه على عكسه كذا في
الشرح دفي الكافي ويحتمل ان يكون له قولان اوكان لفظ المتن والشافعي الحق الاول
بالثاني ولابو يوسف فيما يروي عنه الحق الثاني بالاول والتغيير وقع من الكتاب ثم لفظه وهل
يجوز ان يكون الحق الثاني بالاول من قبيل التشبيه المقلوب ومعناه ان الاول بلغ في متانة
حكمه وصوابه يكون فيه قول المقر مبلغا يلحق الثاني به في اثبات ذلك الحكم على نحو قوله
وبدا الصباح كان غرته وجه الخليفة حين يمتدح وهكذا نقول في قوله وابو يوسف الحق الاول
بالثاني قوله لانه كفيل بجميع المال عنه بامره فان قلت نعم ولكن ما اداه وقع شايعا
على ما مر فوجب ان لا يرجع على الاصل لا بقدر ما يقع عن الكفالة عنه اجيب بان هذا الاداء
وان وقع شايعا فهو يوجب سقوط المطالبة بكل الدين عن الاصيل فصار هذا الاداء في حقه كاداء
الكل عن كفالة الاصيل من حيث ان كلا منهما يوجب سقوط المطالبة عنه فيوجب حلول ما للكفيل
عليه من الدين المؤجل على ما مر وذلك ان اداء الكل عن كفالة الاصيل انما يوجب حلول الدين
باعتبار انه يوجب سقوط مطالبة كل الدين عن الاصيل وهذا الاداء الواقع شايعا مثله في اسقاط
المطالبة فيوجب الحلول ايضا ومن حل ما للكفيل على الاصيل يثبت له حق المطالبة قوله
ويجعل كفيلا في حق صاحبه لا يقال كيف يجعل كفيلا به في حق صاحبه مع ان الالف في حق
الصاحب يجب بدل الكتابة والكفالة ببدلها باطلة لانا نقول ما لا يصح من الكفالة ببدل الكتابة
هي الكفالة من كل وجه وهذه كفالة من وجه دون وجه لانها كفالة في حق الصاحب دون
المولى لانه يطالبه بحكم الاصالة فيجوز وذلك ان بدل الكتابة دين من وجه دون وجه
فلو كان دينا من كل وجه صحت الكفالة بها مطلقا فلما كان دينا من وجه صحت الكفالة اذا
كانت كفالة من وجه ولم تصح اذا كانت من كل وجه قوله فاذا اداه احدهما رجع بنصفه
على صاحبه لاستوايهما فان قلت اجتمع في كل من العبدين جهة الاصالة وجهة الكفالة
وقد سبق انه لا معارضة بين هاتين الجهتين فينبغي ان يقع كل ما اداه احدهما عن نفسه
بجهة الاصالة لا عن صاحبه بجهة الكفالة وايضا رجوع المؤدي بنصف ما اداه الى صاحبه
يستلزم الدور اذ لصاحبه ان يقول انت اديته عني ولو اديت بنفسي كان لي الرجوع عليك فكذا
اذا ادى عني على ما مر بيانه في المسئلة الدورية قلت جواب هاتين الشبهتين يخرج من
قوله لاستوايهما لان استوى كل من العبدين من حيث ان كل واحد اصيل في وجوب الالف
عليه وعتق الاخر معلق باداءه وكفيل في حق صاحبه بانه لما استويا لا بد ان يرجع
احدهما على الآخر بنصف ما ادى اذ لو لم يرجع لكان غير المؤدي تابعا للعتق من كل وجه وذلك
ليس من قضية العقد ثم لما رجع بالنصف حصل الاستواء المقصود بالرجوع فلو رجع غير المؤدي
الى صاحبه بعد ذلك فات الاستواء فيعود الامر الى موضوعه بالنقض بخلاف المسئلة الدورية حيث لا
مانع من رجوع غير المؤدي فيها اما ههنا فالمانع موجود وهو فوت المساواة المقصودة بالرجوع
فافترقا وذكر في الشاهان فان قلت ينبغي ان لا يرجع بشيء قبل ان يزيد ما اداه على
النصف لان على كل واحد النصف في الحقيقة والكل لتصحيح التصرف قلت لو كان كما ذكرت
لعتق المؤدي باداء النصف لانه ادى ما عليه ولم يعتق فيقع المؤدي شايعا ثم لفظه واعترض
عليه في الحاشية بان عدم عتقه في النصف لعدم الشرط لا لاجل شيء اخر لان عتقه معلق
باداء الكل فعدم العتق لا يدل على الشيوع فيجب ان لا يرجع قبل ان يزيد ما اداه على النصف
هذا لفظها قلت من ضرورة تعليق المولى عتق كل واحد منهما باداء الكل وقوع المؤدي
على الشيوع اذ لو لم يشع يبرئ المؤدي بالنصف عما عليه من البدل وبراءة المكاتب من بدل
الكتابة يوجب عتقه فلا يتعلق العتق باداء الكل ضرورة وفيه تغيير التصرف فقلنا بوقوعه
شايعا فما ذكر في الحاشية انما يتوجه ان لو صح تعليق عتق المكاتب بما هو ليس من بدل الكتابة
بعد ما ادى بدلها وهو ليس بصحيح لانه شرط فاسد والكتابة تبطل بالشرط الفاسد واشتراط اداء
ما ليس ببدل الكتابة شرط فاسد لا يقتضيه العقد ففي القول بتوقف عتق المؤدي بما عليه
من الكتابة ابطال الكتابة لبطلانها بالشروط الفاسدة قوله المعتق بالكفالة فان قلت
كيف يكون المعتق هنا كفيلا ببدل الكتابة والكفالة به لا تصح قلنا هذه في حالة البقاء لانه
لم يكن هذا كفالة في ابتدائه ببدل الكتابة بل كل بدل الكتابة كان واجبا على كل
واحد منهما تصحيحا للكتابة على ذلك الوجه بقدر الامكان وبعد اعتاق احدهما صار المعتق
كفيلا من غير المعتق ببدل الكتابة بقاء ويجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كذا في النخ فان
قلت سيأتيك ان الكفالة ببدل الكتابة انما لا يجوز لان المكاتب لو عجز نفسه سقط الدين
ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من
شرطه الاتحاد فهذا يقتضي ان لا يصح الكفالة ببدل الكتابة بقاء ايضا لانه لا يتحقق معنى
الكفالة فيه وهو الضم لا يكون محلا لها وما يرجع الى المحلية فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كحرمة
المصاهرة في النكاح اجيب بان الكفالة ببدل الكتابة ان كان لا يتحقق فيه معنى الضم
من حيث الوصف فقد يتحقق فيه من حيث اصل الدين فقلنا لا تصح الكفالة به ابتداء باعتبار
ان الضم من حيث الاوصاف غير ممكن وتصح بقاء باعتبار انه ممكن من حيث الاصل عملا

بالجنين قوله فلا ينقلب موجبة ابدا فان قلت اذا زوج ابنه الصغير في صحته وضمن
عنه المهر وبلغ المراة الضمان صح فلو اداه في حيوته لا يرجع في مال الصغير ثم اذا مات واخذت
من تركته يرجع ساير الورثة بذلك في نصيب الابن فهذه كفالة لم يقع موجبة للرجوع لكونها بغير
امره حتى لا يرجع في حيوته ثم بموته ينقلب موجبة له قلت بل هذه كفالة بامر المكفول عنه
له موجبة للرجوع لولاية الاب عليه فلا قدام على الكفالة دلالة الامر من جهته كما لو كفل به
اجنبي بامر ابيه وادى فانه يرجع وانما لا يرجع الاب اذا ادى في حال حيوته لانه قام دلالة
التبرع لان تبرع الاباء بمهر الابناء حال الحيوة متعارف لا لان الكفالة لم يقع موجبة للرجوع حتى
لو ادى واشهد انه يؤديه ليرجع كان له الرجوع في مال ابنه قوله كمن كفل بغير امره
فاجازه فان قلت الكفالة بغير الامر غير موجبة للرجوع بذاته ولا اثر للاجازة في الكفالة
لعدم احتياجها اليها فكان وجودها بعد تحقق الكفالة وعدمها بمنزلة بخلاف ما نحن فيه
اذ الكفالة هنا بالامر موجب للرجوع فبان الرق مانع كالعرف في كفالة الاب على ما
ذكرنا فاذا زال المانع وجب ان يرجع اجيب بان الكفالة بالامر انما يوجب الرجوع لانه يجب
بنفس الكفالة للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت مطالبته
الى حين ادايه وكفالة المولى عن عبده لا توجب دينا عليه فلا يوجب الرجوع فصار كانها
بغير الامر فلا ينقلب موجبة للرجوع بالعتق كما لا تنقلب الكفالة بغير الامر موجبة له بالاجازة
قوله ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة تخصيص مال الكتابة غير مفيد فانه لا يجوز الكفالة
بدين اخر للمولى ايضا لانه يسقط عند التعجيز ايضا فكانه انما خص بالذكر لانه اصل وساير الديون (الكفالة بدين)
يتبعه وجوبا وسقوطا بالتعجيز نعم يشكل بان المكاتب يحبس بدين للمولى عليه سوى بدل
الكتابة ولا يحبس في بدلها وعللوه بانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة فان له ان
لا يؤدي ويرد نفسه في الرق والحبس جزاء للظلم ولم يوجد وان كان عليه دين غير بدل الكتابة
يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ سبب ذلك الدين كذا في الذخيرة فلو كان المكاتب متمكنا من (متمكنا)
اسقاط ساير الديون للمولى عليه بالتعجيز تمكنه من اسقاط مال الكتابة لم يحبس في دين
غير بدل الكتابة ايضا وغاية ما يمكن ان يقال ان المكاتب لما كان متمكنا من اسقاط ساير
الديون سوى بدل الكتابة ضمنا لا قصدا قلنا لا تصح الكفالة بها اعتبارا لجانب الضمن
ويحبس فيه اعتبارا لجانب القصد قوله لانه اي مال الكتابة مال ثبت مع المنافي والشارح
جعل الضمير في لانه للعقد فكانه لم يكن في نسخته قوله مال ولا فعل المال على العتق غير
مستقيم قوله ثبت مع المنافي وهو الرق اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقي

عليه درهم وقد يشكل بان الرق كما ينافي ثبوت الدين للمولى على العبد ينافي ثبوته للعبد
على المولى ايضا فينبغي ان لا يصح الكفالة بدين للمكاتب على المولى ايضا وقد ذكر الشارح
عن المبسوط انه اذا كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين من جنس بدل الكتابة
فكفل به رجل عن المولى صح لان الاصل مطالب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به
ثم قوله ولانه لو عجز نفسه الخ ايضا غير مطرد لانه لا يتاتى في معتق البعض عند ابي حنيفة رض
اذ الكفالة بمال السعاية لا تجوز عنده وهو لا يقدر على اسقاطه بالتعجيز قوله فلا يظهر
في حق صحة الكفالة وانما يظهر في صحة الرهن حتى اذا اخذ من مكاتبه رهنا ببدل الكتابة
جاز لان الرهن والارتهان ايفاء واستيفاء وبدل الكتابة يظهر في حق الاستيفاء فكذا في حق
الرهن والارتهان وذلك انه لو لم يظهر في حق الاستيفاء لما افاد عقد الكتابة فايدته قوله
لان من شرطه الاتحاد حتى لو كان الدين موجلا على الاصيل يثبت كذلك على الكفيل اذا كفل مطلقا
فان قلت اذا كفل بدين موجل على الاصيل ثم مات الكفيل قبل حلول الاجل فهو عليه حال
يوخذ من تركته ولا يرجع ورثته على الاصيل حتى يحل الاجل في حق الاصيل باق حتى لا يطالبه (لان الاجل)
الطالب بشيء فكذا ورثة الكفيل فقد اختلف ما على الاصيل وما على الكفيل حالا وموجلا فلو كان
الاختلاف وصفا مانعا من الضم لما اختلف هناك ايضا وكذا لو كان الدين موجلا على الاصيل والكفيل
جميعا ثم مات الاصيل سقط الاجل في حق الاصيل ولا يسقط في حق الكفيل اجيب بان حلول
الدين على الكفيل بموته لا يبطل معنى الضم بل تحققه لان الدين انما يتاجل على الاصيل
بحيث لو مات يصير حالا فلو كفل عنه رجل ينبغي ان يثبت مطالبته على الكفيل كذلك اي بحيث
لو مات يحل عليه ويسقط الاجل والا لم يكن الكفيل مثل الاصيل على ان الشارح قد ذكر ان
الكفالة ببدل الكتابة بقاء جايز فقد جوز اختلاف ما على الاصيل والكفيل من حيث الوصف
في البقاء وفيما اذا مات الكفيل انما يختلف ما عليهما تعجيلا وتاجيلا في البقاء فلا يضر والله اعلم

كتاب الحوالة

قوله وانما اختصت بالدين لانها تنبىء عن النقل والتحول
والتحويل في الدين لا في العين لان التحويل الذي نحن فيه شرعي وهو انما يتحقق في المحول
الشرعي وهو الدين لانه عبارة عن وصف في الذمة يظهر اثره في المطالبة ولما كان كذلك
لا يتصور التحويل الشرعي في العين لان الحوالة انما تحول ما في الذمة والعين لا يثبت فيها
فلا يحل النقل فيه كذا في الشرح وقد يشكل بان هذا الوجه لا ينتهض دليلا على اختصاص
الحوالة بالدين لامكان التحويل الشرعي فيما سوى الدين مما يجب في الذمة ايضا كتسليم المبيع
والمستاجر ورد الرهن بعد اقتضاء الدين وتخلية الوديعة فهذه امور تجب في الذمة حتى

يصح الكفالة بها فينبغي ان يصح الحوالة ايضا توضيحه انه قد سبق في الكفالة ان الدين فعل في
الحقيقة واذا صحت الحوالة في الدين وهو فعل وجب ان يصح في جميع الافعال الواجبة في الذمة
قوله انما اختصت بالدين يشعر بانها لا يصح في غير الدين الا ان يقال انما لا تصح الحوالة بغير
الدين مما يجب في الذمة لكن الحوالة تاجيل تخفيف على ما سنذكر من الذخيرة والتاجيل في الديون
يكون لا في غيره ثم قد يشكل بان الدين فعل على ما مر في باب الكفالة بالدين على من تغلب
والفعل عرض والعرض لا يحتمل النقل من محروض الى اخر قوله لانها تنبئ عن النقل
ان اريد انها تنبئ عن النقل الحسي لا يترتب عليه قوله والتحويل في الدين لا في العين اذ
التحويل الحسي انما يتصور في العين دون الدين وان اريد انها تنبئ عن النقل الشرعي فلا
يخفى ان لفظ لا ينبئ عن النقل الشرعي وان اريد انها تنبئ عن نفس النقل بقطع النظر
عن الحسي والشرعي لم يترتب عليه نفي التحويل في العين بل التحويل فيه اظهر منه في الدين
فكانه اراد بقوله تنبئ عن النقل انها موضوعة في الشرع للنقل الشرعي وانه لا يتصور
الا في الدين وحاصله انها تنبئ عن النقل الشرعي في وضع الشرع لانها موضوعة للنقل
الشرعي ولا يتصور الا فيما يتصور فيه النقل الشرعي وهو الدين قوله وهو لا يتضرر به بل
فيه نفعه قلت نعم لكن نفع مشوب بالضرر فانه لو صحت الحوالة بدون رضا المديون لما صح ابراء
الدائن بعد ذلك كما لا يصح فيما اذا كانت الحوالة بالامر في علم صحة الابراء ضرر بالمديون
اذ الدين يعود عليه اذا توي ولو صح الابراء لا يعود فكان في صحة الحوالة ضرر بالمحيل من
حيث لا يصح ابراء عن الدين حينئذ فلا يصح الا برضاه قوله اذا تمت الحوالة برئ المحيل
من الدين حتى ان المحتال له اذا وهب الدين من المحيل او ابرأه من الدين بعد الحوالة
لا يصح ولو ابرأ المحتال عليه او وهب منه يصح فان قلت المحتال اذا ابرأ المحتال عليه
يصح ابراؤه ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين اليه وجب ان يرتد برده كما لو
ابرأ المحيل قبل الحوالة ولان المحيل اذا نقد الدين يجبر المحتال على القبول ولو انتقل
اصل الدين بالحوالة لكان المحيل متبرعا في النقد كاجنبي اخر والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين
لا يجبر على القبول ولان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة لا يصح ولو انتقل اصل
الدين يصير المحيل اجنبيا وتوكل الاجنبي بقبض الدين صحيح قلت ذكر في الذخيرة لزمحل
ما ذكر في الذخيرة الكتاب احكاما متشابهة فاعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها
المطالبة دون الدين وفي بعضها ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين لان اعتبار حقيقة
اللفظ توجب نقل المطالبة والدين لان الحوالة منبئة عن النقل وقد اضيفت الى الدين واعتبار

وانقسا ادبية انما تعرفه هو نفسه ولا بصيرة الموهوب له مع انه شرط فيه القبول ~~وذلك ابراء اليه تحريرا~~ حاشا لا سلم انه مع محض لعدم شعوره بعدم المنة فان نعل الدين عن ذمته امتنان عليه كالهبة ان موقف على القبول دفعا لضرر المنة عنه لانه حال ضرر المنة بعد التبرع عنه تبرك المنة بما تضمن اهل ولا يصح منه الا من حيث النفع وكلا الوجهين صحيح بغير امر وقبل الدائن صح الا كذا استعمل المحتال مع ان فيه منه على المديون حيث انه لم يقبض لمنة الدين فاما بالنية ما امر فيه على الحوالة انه تصرف على ما دعا الشيخ حكم دفع على الغير لا يصح الا باذنه ولا تصرف في سلم الدين عن ذمته والمراد على نفسه الا حاصل اصلاح المطالبة وانه ليس من التصرف في شيء

المعز

المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير لان الحوالة تاجيل معنى الا يرى انه اذا مات المحتال عليه
مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبرنا الحقيقة في بعض الاحكام
والمعنى في بعضها كذا ذكر في الشرح او نقول انما لا يرتد ابراء المحتال عليه بردّه لما فيه من
الضرر بالمحيل لان الدين يسقط عنه بهذا الابراء مطلقا ويتقرر براءته بعد ما كان على عرض العود
اليه بالتوى فكان في ذلك ابراء المحيل معنى فلا يرتد برد المحتال عليه ولا يرد المحيل ايضا لانه ابراء
للمحتال عليه ايضا واما الجبر على القبول فجوابه مذكور في الكتاب بقوله وانما يجبر على القبول
اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة بالتوى فلم يكن متبرعا وتقريره ظاهر واما التوكيل بقبض
الدين فانما يبطل من قبل ان الوكيل من يعمل للغير والمحيل تعمل لنفسه لانه يسعى بالقبض
في تقرير براءته عن الدين بحيث لا يعود اليه بالتوى وللتقرير حكم الاثبات ابتداء فلا يصح
توكيله به على ان المحيل يحتاج الى اداء الدين بنفسه قطعا لرجوع المحتال عليه بعد الاداء
اليه قوله الا ان يتوى في الصحاح توى بالقصر هلك بكسر عين الماضي وفتح عين المضارع
قوله ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة فان قيل الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة
فالمحتال يدعي الحوالة على حقيقتها والمحيل يدعي المجاز وهو نقل التصرف وينكر الحقيقة والاصل
في الكلام الحقيقة فينبغي ان يكون القول للمحتال كذا في الحاشية قلنا كما ان الاصل
في الكلام الحقيقة كذلك الاصل في الذمة البراءة فتعارض الاصلان فجعلنا القول للمنكر وهو
المحيل لانه ينكر الدين والمحتال يدعيه واما انكار المجاز فليس بمقصود بل مقصوده دعوى
الدين او نقول الحقيقة اصل ولكن بمعنى ان اللفظ اذا دار بين الحقيقة والمجاز فالحمل على
الحقيقة اولى اما اذا وقع النزاع في صدور الكلام على وجه لا يحتمل الا الحقيقة او على وجه
لا يحتمل الا المجاز فلا نسلم ان الاصل حينئذ ان يحمل على صدوره على وجه لا يحتمل الا الحقيقة
بل كلا الاحتمالين سواء وهنا وقع النزاع هكذا فالمحتال يقول احلتني بدين لي عليك لي عليه
بدين لك علي وقال المحيل بل احلتك لتقبض لي وقلت احلتك على فلان لتقبض لي ديني
فلا ترجيح لما يقول المحتال على قول المحيل ولكن اعتبرنا قول المحيل لتمسكه بالاصل وهو
البراءة والمحتال يدعي عليه الدين فلا بد من الحجة او نقول المحتال ان كان يتمسك بالاصل
وهو الحقيقة فتمسكه به غير مقصود والمقصود دعوى الدين وهو في ذلك ليس بمتمسك بالاصل
اما المحيل فتمسك بالاصل وهو براءة ذمته مقصود فكان معتبرا قوله وان كان اسوة للغرماء
بعد موت المحيل وانما كان اسوة للغرماء مع كونه اخص به من المحيل لان العين الذي
في يد المحتال عليه للمحيل او الدين الذي له على المحتال عليه لم يصر مملوكا للمحتال

[illegible]

له بعقد الحوالة لا بلا وانه ظاهر والارتبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت
للنقل واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحسا فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون من عالم يثبت
لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه كذا في الشرح **كتاب ادب القاضي** **قوله**
والفاسق اهل للقضاء **فان قلت** فقد صرح المصنف في باب التحكيم بان الفاسق ليس باهل
للقضاء حيث قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام
اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة **قلت** جوابه سياتيك انشاء الله تعالى **قوله** لان
الصحابة تقلدوه من معاوية رضه والحق كان بيد علي رضه في نوبته جعل معاوية من الجايرة
وذكر غيره انه لم يكن فاسقا لمخالفة علي ومحاربته لانه فعل ما فعل بالاجتهاد وذلك لا يقدح
في العدالة فكان المصنف رحه زعم ان اجتهاده كان في غير موضع الاجتهاد لكون طريق الصواب
بينا وضحه الدلايل على حقيقة علي رضه منها ان النبي عليه السلام قال ان عمارا يقتله الفية
الباغية وقد صح انه كان من اصحاب علي وقتله اصحاب معاوية ومنها ان النبي عليه السلام
قال الخلافة بعدي ثلثون سنة ثم يصير ملكا عضوضا وقد استشهد علي رضه على راس ثلثين سنة
وقال عليه السلام لعلي رضه انك تقتل الناكثين والقاسطين والمارقين يعني اصحاب الجمل
واصحاب معاوية والخوارج وقد صحت الرواية ان عايشة رضه ندمت على ما فعلت فكانت
تبكي حتى تبل خمارها والله اعلم بالصواب **قوله** وقال الشافعي رحه يكره الجلوس في المساجد
للقضاء الا في مسجد الحرام وغيره اما في الحرام فلانه لا يجوز حضور الذمي فيه واما في غيره
فلحرمة دخول الحايض فيه فقوله لانه يحضره المشرك ومن نجس بالنص والحايض وهي ممنوعة
عن دخوله فيه فمجموعه دليل على كراهة الجلوس في المسجد لا ان قوله لانه يحضره المشرك
دليل تام على كراهة الجلوس في المسجد الا ان حتى يكون ذلك اشارة الى كراهة دخول الذمي
في كل مسجد عند الشافعي رحه فيخالف ما اشار اليه في الكراهة من ان الشافعي رحه يكره دخول
الكافر في المسجد الحرام دون غيره حيث قال لا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام
وقال الشافعي رحه يكره ذلك وقال مالك يكره ذلك في كل مسجد وفي الكافي ولا باس ان يدخل
اهل الذمة المسجد الحرام وساير المساجد وقال مالك يكره في كل مسجد وقال الشافعي في المسجد
الحرام وفي المدارك وعند الشافعي رحه يمنعون من المسجد الحرام خاصة **قوله** لقوله عليه
السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين كان شمس الايمة الحلوايي رحه يقول لا ينبغي
لاحد ان يزدري هذا اللفظ فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون
هذا ثم دعا في مجلسه لمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض راسه من تحت ذقنه اذا

عطى

عطس فاصابه الموسى والقى راسه بين يديه **قوله** ويعود المريض هذا اذا لم يكن
من المتخاصمين اما اذا كان فلا ينبغي ان يعود لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الاخر والتهمة
قوله ولا يضيف احد الخصمين فيه اشارة الى انه لو اضافهما جميعا فلا باس به وبه صرح
في المبسوط **قوله** واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس وفي النوازل رجل خاصم السلطان الى
القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه وجلس الاخر على الارض ينبغي للقاضي
ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما حتى لا
يكون مفضلا لاحدهما وهذه المسئلة دليل على ان القاضي اذا وقعت له او عليه حادثة
لا باس ان يحكم فيه خليفته وعلى ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي قلده
قوله واستحسنه ابو يوسف رحه في غير موضع التهمة تاخير دليل ابي يوسف رحه دلالة على
فصل في الحبس **قوله** وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعلم مطله لما اذا ثبت
بالبينة حبسه وذكر في الفوايد الظهيرية وكان والدي يقول حكي عن الشيخ الامام شمس
الايمة السرخسي انه يقول ان ظهر الدين بالبينة لا يحبسه اول وهلة ولئن ظهر بالاقرار يحبسه
فكان عكس مسئلة الكتاب والوجه فيه ان الذي متى ثبت بالبينة كان له ان يعتذر
فيقول ما كنت علمت ان له علي دينا فاذا علمت فالان اقضي والاقرار في قضايه ولا يمكنه
مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار كذا في الشرح والجواب ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
ولو كان الدين ثابتا بالمعاينة لكان لا يقبل قوله ما كنت علمت بالدين الخ فكذا اذا ثبت
بالبينة اما في فصل الاقرار فاعتذاره بما ذكر في الكتاب اعتذار صحيح فكان الحكم كما هو المذكور
في الكتاب اصح من المحكي عن شمس الايمة ثم انما لا يحبسه القاضي متى ثبت الدين
عليه باقراره اذا لم يثبت بينه جحود اما لو كان جحد قبل الاقرار فلما قدم الى القاضي اقر
يحبسه القاضي لانه ظهر ظلمه عند القاضي فالاولى هذا تاويل مسئلة الكتاب **قوله**
ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير اعلم انه اذا ثبت الدين فقال المدعي هو موسر
وقال المطلوب انا معسر فقد قيل القول قول المديون وقيل كل دين اصله مال كثمن المبايعات
فالقول فيه للمدعي والا فللمدعى عليه وقيل ما كان بحيلة الصلة كنفقة المحارم
فالقول فيها للمدعى عليه وفيما سوى ذلك فالقول للمدعي وقيل ما لزمه بمعاقدته فالقول فيه
للمدعي وما لزمه حكما لا بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون وقيل ان كان عليه زي
الفقراء فالقول له وان كان زي الاغنياء فالقول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف فانهم

يكونون لباسهم مع حاجتهم حتى لا يذهب بأذى جهم فلا يكون ذليلا للبيان باب
كتاب القاضي الى القاضي قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي قال الشارح
والقياس يأبى جواز العمل به لأن كتابه لا يكون أقوى من عبارته لو حضر بنفسه مجلس القاضي
المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذا لا ذلك الكتاب اليه ولأن
الكتابة قد تزور ويفتعل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا
يصلح حجة للقضاء ولكن جوزنا العمل به فيما يثبت مع الشبهات لحديث علي رض أنه يجوز ذلك للحاجة
الناس اليه وفيه نظر أما أولا فلأن عبارته في مجلس قاضي آخر خطاب في غير محله وهو غير مقبول
لأنه في غير محله ملحق بواحد من الرعايا والكتاب اليه خطاب في محله اذ الكتاب من الغائب كالخطاب
من الحاضر وخطابه في محله كامل دامه ودونه ولأنه مقبول فلا يلزم من عدم قبول عبارته
في مجلس قاضي آخر وهو خطاب في غير محله عدم قبول كتابته وهو غيره خطاب في محله
وأما ثانيا فلأنهم شرطوا لقبول الكتابة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وكذا شرط علمهم بما في
الكتاب عند أبي حنيفة ومحمد رح وبذلك تزول شبهة التزوير والافتعال والجواب أما عن
الأول فلأن ما ذكر الشارح يصلح وجها للقياس جلي ظاهر الصحة باطن الفساد كما قالوا في تلاوة
السجدة في صلاة لأن في القياس تجزيه للركوع لأن النص قد ورد به قال الله تعالى وخر راكعا
وأناب وفي الاستحسان لا تجزيه لأن الشرع أمر بالسجود فلا يتأدى بغيره كسجود
الصلاة ولا يخفى أن ما ذكر هنا من وجه القياس ليس بأدنى مما ذكروا في وجه
القياس في مسئلة التلاوة فيصلح وجها للقياس جلي ظهر صحته وخفي فساده وما ذكرت
فهو وجه الاستحسان فلا يرد وأما عن الثاني فلأن ما يحتمل الاشتباه في نفسه لا يزول
اشتباه عنه بالشهادة بل يقل لجواز أن يظن الشاهد غير المشهود به مشهودا به لاشتباه وعدم
التمييز والاخفاء لأن الكتاب يشبه الكتاب فربما يظن الشاهد غير كتاب القاضي كتابه لكونه
مثله فيشهد بذلك على ظنه فلا يخلو عن شبهة زائدة يخلو عنها جنسه الخ فينبغي أن لا يجوز
لكن جوزناه بالنص قوله فإن شهدوا على خصم حكم بالشهادة المراد من الخصم هنا وكيل
الغائب والمسخر الذي جعل وكيلا لأجل اثبات الحق عليه وإن لم يكن وكيلا في الحقيقة
إذ لو كان المراد بالخصم هو المدعا عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي لأن حكم القاضي
يتم على الخصم فلا يحتاج في تنفيذه الى قضاء قاضي آخر ولو لم يكن خصما أصلا لا المدعا عليه
ليصح حكم القاضي عليه كذا في الشرح قلت جاز أن يراد بالخصم هو المدعا عليه

بنفسه أي الخصم اذا كان حاضرا والمدعا به عاما وهو حال يجوز الحكم عليه بدون
الاشارة اليه جاز الحكم بالشهادة ويكتب كتابا الى القاضي هكذا ذكر في بعض
الحواشي فكان فائدة الكتاب ح هو كنا عانه بأمر المدعا عليه بالتسليم ثم لو كان المراد به
هو المسخر الذي جعل وكيلا فلا يخلو إما أن كان حكم القاضي عليه تاما كالحكم على
المدعا عليه بنفسه بحيث لا يحتاج القاضي المكتوب اليه ثانيا الى الحكم أو لم يكن كذلك
فإن كان الحكم تاما لم يكن في الكتاب فائدة سوى أن يحث المكتوب اليه المدعى بأن يأمر
المدعا عليه ويجبره على التسليم ولا يخفى أن هذه الفائدة تحصل لو أريد بالخصم المدعا عليه
نفسه أيضا فلا حاجة الى أن يراد به المسخر وإن لم يكن الحكم عليه تاما بل يحتاج المكتوب
اليه الى الحكم ثانيا فلا حاجة الى مثل هذا الحكم وكتابته الى قاضي آخر بل يكفيه أن
يكتب بالشهادة فحسب على أنه ذكر في الذخيرة اذا نصب القاضي مسخرا عن الغائب
ولا يجوز حكمه وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلا من الغائب ليسمع الخصومة
عليه ثم زعم بعضهم أن في مسئلة المسخر روايتين ولكن لا اختلاف في قوله وإن شهدوا
على خصم حكم بالشهادة وكتب بحكمه فلا يمكن أن يحمل على المسخر والوجه أن يكون
فيه روايتان كما في مسئلة المسخر والأمر بخلافه قوله مدرج بحثه النكاح
فإن قيل الاشارة في النكاح شرط وكتاب القاضي فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز
قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل أو المرأة وهو ليس بمدعى وإنما المدعى
شيء آخر فصار كالنكاح نظرا الى الدين فإن الدين في الذمة والاشارة الى الخصم شرط
ومع هذا جاز كتاب القاضي اليه كذا في الشرح قوله ويجب أن
يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لأنه لا شهادة بدون العلم فإن قلت
الشرط هو العلم بالمشهود به أما العلم بغيره فليس بشرط لقبول الشهادة وهنا المشهود به
هو أن هذا الكتاب من قاضي فلان في بلد كذا وهذا القدر معلوم الشاهد
بدون أن يقرأ عليهم الكتاب أو يعلمهم بما فيه وأما ما في الكتاب فليس بمشهود به
فينبغي أن لا يشترط العلم به كما هو مذهب أبي يوسف رح أجيب بأن القاضي إنما
يقبل الشهادة اذا علم بشهادتهم أن هذا كتاب قاضي فلان نقل اليه من عنده والعلم
بهذا لا يحصل الا بنبائهم ما في الكتاب اذ لو لم يعلموا ما فيه يمكن في شهادتهم شبهة
من حيث أن عدم العلم بما في الكتاب دليل على أنهم لم يعلموا من قاضي فلان

بل وجدوا كتابا ملقى في الطريق بهذا الختم والعنوان ولاخبروا عندي بذلك اذا لعادة
جارية بتعليم ما في الكتاب اذا لم يقصد فيه الاخفاء فاذا لم يبينوا ما فيه يتمكن في شهادتهم
شبهة منافية لحصول العلم بما شهدوا به والشهادة ترد بالشبهة فيحقق قوله ولا شهادة
الا بالعلم المشهود به وجهل الشهود بما في الكتاب دليل على عدم علمهم
بانه كتاب قاضي فلان ولانهم اخبروا بالظن والوهم لا بالعلم فلا يقبل شهادتهم او معناه ولا قبول
شهادة الا بعلم القاضي الحق بنفسها وبتهم وجهل الشهود بما فيه مناف لحصول علم القاضي بما
شهدوا به على ما بينا **قوله** ولان منا قال في الحدود والقصاص على الاسقاط وفي قبولهما والى
قبول الكتاب والشهادة على الشهادة سعي في اثباتهما وهذا مشكل لما سياتيك في اخر الهداية ان القصاص
يثبت مع الشبهة حيث قال في الفرق بين الحد والقصاص من حيث ان الحد لا يجب باشارة الاخرس
والقصاص يجب لكن الحد لو شهدوا بالقتل المطلق لو شهدوا بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل
المطلق يجب القصاص وهذا لان للقصاص فيه معنى العوضية فجاز ان يثبت مع الشبهات
كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى ليس فيها معنى العوضية
فلا يثبت مع الشبهات هذا لفظه فلو كان مبنى القصاص على الاسقاط لزم ان لا يثبت فيما
فيه شبهة وجواب هذا الاشكال سنذكر في باب الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى **فصل**
قوله الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع فان قلت لو قضى القاضي ببيع ام الولد
نفذ قضاؤه عند ابي حنيفة رض وقد ذكر ـ المسألة في البيع الفاسد مع انه يخالف السنة المشهورة
والاجماع قال عليه السلام اعتقها ولدها وقد انعقد الاجماع في القرن الثاني على عدم جواز بيعهن
اجيب بانه قد ثبت من مذهب ابي حنيفة رض ان اجماع المتاخرين لا يرفع الاختلاف المتقدم
وجواز بيعهن كان مختلفا فيما بينهم ثم انعقد الاجماع على عدم جواز بيعها فلا يخرج بهذا
الاجماع عن كونه مجتهدا فيه فاذا قضى القاضي بجواز بيعها نفذ قضاؤه لانه لاقى فصلا مجتهدا فيه
واما قوله عليه السلام اعتقها ولدها فهو ان كان مشهورا ولكنه متروك الظاهر لانعقاد
الاجماع على انها لا تعتق للحال فلا يكون الحكم بخلافه باطلا **قوله** وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به قاض ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه وانما ذكر لفظ
الجامع لان فيه فايدتين احدهما انه قيد فيه بالفقهاء لان القاضي اذا كان غير عالم
بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد فعلى قول العامة لا يجب على الثاني تنفيذه والثانية
انه قيد فيه بقوله يرى غير ذلك وفي رواية القدوري لم يتعرض لذلك وكان يحتمل ان

قوله امضاه فيما اذا كان راي القاضي الثاني موافقا لحكم الاول اما اذا كان مخالفا
فلا يمضيه فابانت رواية الجامع ان ذلك الامضاء عام لذا في الشرح وليت شعري ما وجه
دلالة قوله ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به قاضي الى اخره على اشتراط كونه عالما بموضع الاجتهاد
كيف وانه اذا قضى في موضع الاجتهاد غير عالم بكونه مجتهدا فيه جاز ان يقال انه قد قضى
فيما اختلف فيه الفقهاء اللهم الا ان يقال الفاء في قوله فقضى يدل عليه لانه للترتيب فيدل على
ان يكون القضاء مرتبا على اختلاف الفقهاء ولن يكون مرتبا عليه الا اذا كان عالما بالاختلاف
وانه موضع الاجتهاد **قوله** وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر
اي بنفسه لا محالة قيدنا بقولنا بنفسه احترازا عما اذا كان المدعي على الغائب سببا لما يدعيه
على الحاضر باعتبار البقاء لا بنفسه حيث لا يقضى بالبينة ح لا على الحاضر ولا على الغائب
لمن اشترى جارية ثم ادعى ان البائع قد كان زوجها من فلان الغائب وبرهن عليه
يريد ردها فالقاضي لا يقبل هذه البينة لا على الحاضر ولا على الغائب لان النكاح نفسه ليس
بسبب لما يدعيه على الحاضر من غير اعتبار البقاء فان البائع لو زوجها ثم ان الزوج طلقها لا يكون
للمشتري الرد وانما السبب بقاء النكاح ولم يقم البينة على البقاء ولو قامت على البقاء لا يقبل ايضا
ولا يقضى بالرد لان البقاء تبع للابتداء فاذا لم يمكن ان يجعل خصما في اثبات النكاح لم يمكن ان يجعل
خصما في اثبات البقاء وكذلك المشتري شراء فاسدا اذا اقام البينة انه باع من فلان الغائب بريد به
ابطال حق البائع في الاسترداد لا يقبل لا في حق الغائب ولا في حق الحاضر لان نفس البيع ليس بسبب
لابطال حق الاسترداد ما لم يثبت البقاء لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد
واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لا يكون خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء وقيدنا بقولنا
لا محالة احترازا عما اذا قالت المراة الغائب انه وكلني ان احملك اليه فبرهنت على الطلقات الثلث
قبلت بينتها في قصر يد الوكيل لا في اثبات الطلاق على الغائب لان ما يدعيه على الغائب وهو الطلاق
ليس بسبب لقصر يده لا محالة لان الطلاق لا يوجب قصر يد الوكيل لا محالة بان لم يكن وكيلا بالحمل
قبل الطلاق فكان سببا لثبوت الادعاء على الحاضر من وجه من حيث انه سبب يقضى به في حق قصر يد
الوكيل ومن حيث انه ليس بسبب لا يقضى به في حق ازالة ملك الغائب عملا بهما هذا ماخوذ من الذخيرة
وبه يخرج الجواب عما اذا وكل رجلا ببيع عبد ودفع اليه ثم جاء ليأخذ العبد فادعى الوكيل انه قد باع
من فلان وهو غائب وبرهن لا يقبل وان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر لانه
سبب باعتبار البقاء لا بنفسه فانه لو انفسخ البيع بين الوكيل ومشتريه يكون للموكل ولاية الاخذ
وعما اذا وهب لرجل عبدا وسلم اليه ثم اراد ان يرجع فبرهن الموهوب له انه باعه من فلان الغائب

لا يقبل هذه البينة ولئن كان ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر لانه سبب باعتبار
البقاء لا بنفسه فانه لو انفسخ البيع بينهما كان له الرجوع فلا بد من هذا القيد ليكون احترازا عن
هاتين المسئلتين فان قلت ذكر في الكافي انه لو اراد المشتري الرد بالعيب فاثبت البائع بالبينة
بيعه من فلان الغائب يقبل بينته عليه لانه خصم في اثباته لما تعلق به من بطلان حق
الرد مع ان ما يدعيه على الغائب من البيع منه سبب لما يدعيه على الحاضر من بطلان
حق الرد باعتبار البقاء لا بنفسه فانه لو انفسخ البيع بالقضاء كان له حق الرد اجيب بالمنع فانه
ذكر في المحيط انه لا يقبل بينة البائع على بيع المشتري من فلان الغائب وانما تقبل ان لو
برهن على اقرار المشتري انه باع من فلان لا في اثبات البيع من الغائب قضاء عليه من غير خصم
حاضر عنه وفي فصل الاقرار الخصم هو المشتري وانه حاضر ثم ذكر بعض العلماء في التفصي عن هذه
المسائل الواردة هنا ان الحاضر انما ينتصب خصما للغائب فيما اذا كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه
على الحاضر اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال حتى يصير الحاضر بذلك الاتصال ممتازا من بين
الناس فيجعل خصما عن الغائب صيانة للحقوق اما اذا لم يكن بينهما اتصال فلا ولا اتصال بينهما
في هذه المسائل فلا يجعل خصما حتى لو ادعى المشتري على البائع انه زوجها من فلان الغائب
قبل ان اشتراها منه يقبل بينته عليه لانه بالتزويج من الغائب يثبت الاتصال بينهما وانما لا يقبل
ان لو اقام بينة على ان لها زوجا غائبا او ان بائع بائعه قد زوجها لكنه يشكل على هذا الوجه
ما ذكرنا من المحيط انه لو اقام البائع بينة على ان المشتري قد باعها يريد ابطال حق الرد
عليه بالعيب لا يقبل مع ظهور الاتصال بين المشتري والمشتري منه اللهم الا ان يمنع المسئلة
على قول هذا القائل كما هو دأبه للكافي نعم يشكل بما لو ادعى عينا في يد رجل انه لو اشتراها من
فلان الغائب وبرهن يقبل بينته وينتصب خصما عن الغائب لان ما يدعيه على الغائب
سبب لما يدعيه على الحاضر مع انه لا اتصال بين ذي اليد والغائب الا من حيث ان العين الذي
ادعى شراها من الغائب في يده ولكن مثل هذا الاتصال موجود فيما اذا اقام المشتري شراء فاسدا
على بيعه من الغائب اذ المشتري للكافي متصل بالبائع من حيث ان العين التي تعلق حق البائع
به اشتراها ثم قد يجاب عما اذا اقام البينة ان البائع قد زوجها من فلان الغائب لان النكاح
ليس بسبب لما يدعيه على الحاضر من استحقاق الرد عليه بل الموجب له صون لزام البائع تسليمها
سليمة عن العيب لكن عند ظهور العيب فكان ظهور العيب وهو النكاح شرطا لا علة والحاضر
انما ينتصب خصما عن الغائب اذا كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر
اما اذا كان شرطا فلا واما عند من يقول كونه شرطا او سببا سواء فالمسئلة عنده ممنوعة فقد حكى

الى

عن بعض

عن بعض المشايخ انه يقبل البينة على النكاح في هذه المسئلة واما الجواب عما اذا اقام المشتري
شراء فاسدا او الموهوب له او الوكيل على البيع من الغائب فيقول لان الحاضر انما يجعل خصما عن
الغائب في قبول البينة على الغائب اذا كان الحاضر يصلح خصما فيما يدعى عليه وكان ما يدعى عليه
مما يصح اثباته بالبينة وذلك ان كون الحاضر خصما عن الغائب فرع كونه خصما فيما يدعى عليه
واثبات المدعى على الغائب بالبينة فرع اثبات المدعى على الحاضر فاذا كان الحاضر
لا يصلح خصما فيما يدعى عليه ولا يصح اثبات ما يدعى عليه بالبينة لا يصلح خصما عن الغائب ايضا
وفي هذه المسائل المطلوب من اقامة البينة على البيع من الغائب هو اثبات بطلان
حق الحاضر في الاسترداد والرجوع وبطلان حق الرجوع مما لا يقبل الشهادة عليه مقصودا لانه في
الحقيقة شهادة على النفي لانه في المعنى دعوى عدم بقاء الحق في الاسترداد والرجوع ومتى لم يمكن
اثبات هذا المدعى بالبينة لم يصح اثبات ما يدعى على الغائب ايضا لانه فرع كيف ولو قبلت هذه
البينة لكان الغائب اصلا في اقامتها ولا يصح اقامة البينة على الغائب كما ان الحاضر
وحيث لا يمكن اثبات المدعى على الحاضر بالبينة كان الحاضر تبعا في الاقامة والاثبات والغائب
مقصودا وذلك لا يجوز فبالمزيدة امتنع قبول البينة في هذه المسائل والله اعلم وذكر في الذخيرة
في الفصل الثالث عشر من كتاب الكفالة ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا كان
ما يدعي المدعي من سبب حقه دعوى على الغائب من كل وجه اما اذا كان ما يدعي من سبب
حقه على الغائب دعوى للغائب من كل وجه ولم يكن دعوى عليه بوجه فالحاضر لا
ينتصب خصما عن الغائب لفقه انه اذا كان ما يدعي من سبب حقه على الغائب امكنه
الاثبات بانكار الغائب متى حضر فيمكنه الاثبات بانكار الحاضر القائم مقامه مثال الاول
ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه من فلان الغائب وبرهن قبلت البينة وينتصب الحاضر
خصما عن الغائب لان الشراء من الغائب سبب لثبوت حقه على الحاضر وانه دعوى
على الغائب مثال الثاني اشترى عبدا شراء فاسدا فاسترده فقال المشتري قد اودعت
به لفلان الغائب وانقطع حقك في الاسترداد وانكر البائع ذلك فاراد اقامة البينة
على قوله للغائب لا يقبل بينته ولا ينتصب البائع خصما عن الغائب لان ما يدعيه
من سبب الحق على الحاضر وهو الايداع للغائب دعوى للغائب من كل وجه
ولهذا لا يمكنه اثباته على الغائب بالبينة متى حضر وانكر وعن هذا قلنا اذا
كفل بامره فغاب المكفول عنه فقال الكفيل انها من ثمن خمر او بيع فاسد وقال الطالب
بل من ثمن عبد فالقول لمدعي الجواز وان اقام الكفيل البينة على ما ادعاه لا يقبل

البائع

دعوى على الغائب

وان كان مايدعيه من فساد العقد سببا لما يدعيه على الحاضر وهو براءة عن ضمان الكفالة
ولانه ليس بدعوى على الغايب بل هو دعوى لمن كل وجه لا يرى انه لو حضر المطلوب وانكر ان يكون
عليه من ثمن خمر بل من ثمن عبد لا يحكم للكفيل اثباته بالبينة عليه باب التحكيم قوله
لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فان قلت لما كان الحكم كالقاضي فمن اين وقع الفرق بينهما في حق التعليق والاضافة
على قول ابي يوسف رحمه الله حتى لا يصح تعليق التحكيم بالخطار ولا الاضافة الى المستقبل على قوله خلافا لمحمد رحمه الله
بخلاف القضاء فانه يجوز تعليقه واضافته بالاتفاق قلت لان التحكيم صلح معنى لانه لا يثبت الا بتراضي
الخصمين والمقصود منه قطع المنازعة فلا يصح تعليقه واضافته كساير المصالحات بخلاف القضاء لانه اطلاق ولاية
تفويض وتولية محض ليس فيها معنى الصلح اذ بالتحكيم يفوض الى الحكم ما كان يملك فيصح تعليقه من ذلك
الوجه ولا يصح من جهة انه صلح فلا يصح بالشك كذا في الشرح ويشكل على هذا صحة تعليق الكفالة بالشرط
والاضافة الى المستقبل باعتبار شبه النذر على ما مر ولم يقل هنالك ان تعليقه واضافته يصح من حيث انه يشبه
النذر ولا يصح من حيث انه يشبه البيع فلا يصح بالشك بل عمل فيها بالجهتين جميعا فليعمل بهما في التحكيم فيستويان
في شمول الوجود او لا يعمل بهما في الكفالة كما لم يعمل بهما في التحكيم فيستويان في شمول العدم قوله
لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة وهذا مشكل في الفاسق لما مر انه اهل القضاء في
ظاهر المذهب وعليه مشايخنا ولو حمل قوله لانعدام اهلية القضاء على ما روي عن علمائنا الثلثة
في النوادر انه لا يجوز قضاء الفاسق لكان صحيحا ولكن يشكل قوله اعتبارا باهلية الشهادة الا ان
يثبت اختلاف الروايات في كون الفاسق اهلا للشهادة ايضا ويصح ان يقال قوله لانعدام اهلية
القضاء تعليل العدم جواز تحكيم من هو سوى الفاسق اما امتناع تحكيمه فمبني على الرواية التي لا
يجوز قضاؤه فما هو الدليل على عدم جواز قضائه فهو دليل على عدم جواز تحكيمه ايضا قوله
ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة ولا استباح برضاهما
توضيحه ان حكم الحكم كالصلح فما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز تحكيمه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يستوفى
بالصلح لانه يتضمن اباحة الدم واستباحته برضاهما وهو لا يجوز فلا يجوز التحكيم الذي في معنى الصلح فلا
يرد الاقرار بالحد والقصاص لان الاقرار ليس باباحة بل هو بيان انه مستحق عليه حقا للشرع او للعبد
بسبب موجب لذلك قوله وان اخبر الحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية وهذا بظاهره يخالف
لما ذكر في الذخيرة حيث قال اذا قال الحكم قامت لفلان بينة عندي على فلان بكذا فقضيته
له فانكر فلان البينة والقضاء فان قضاءه ماض عليه لان الحكم بمنزلة المولى والمولى لو قال هكذا
كان قوله حجة فكذا قول الحكم فان قيل الحكم قد خرج عن الحكومة حين الخبر لانه قضى عليه فينبغي ان لا
يصدق كالقاضي بعد العزل اذا قال قضيت بكذا قلنا الحكم انما يخرج عن الحكومة اذا حكم بين المتخاصمين

وفي زعم المدعا عليه انه لم يحكم وفي زعمه انه يخبر عن الحكم وهو حاكم فيعامل معه بزعمه كالوكيل اذا قال
بعت امس وكذبه الموكل فانه يصدق الوكيل وان كانت الوكالة منتهية بالبيع لان في زعم الموكل انه
لم يبع وان وكالته لم تنته فانما اخبر بالبيع حال قيام الوكالة فيعامل معه بزعمه كذا ههنا هذا كلامه وعن
هذا ذكر في الحاشية ان المراد بقوله وان اخبر الحكم اي بعد العزل فيكون المعنى وان اخبر الحكم بعد العزل
لا يقبل قوله لانقضاء الولاية بالعزل مسالة شتى قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي
في يده ثم صالحه منها فهو جايز بزيد به اذا كان المدعا مقدارا معلوما كالثلث حتى يكون الدعوى
صحيحة فان ادعى حقا فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب الدار بحق فيها حتى يصح الدعوى
هكذا قيل كذا في الشرح والمصنف حمل اطلاق الدعوى المذكور في قوله ومن ادعى في دار دعوى ولم يرد
به نحو الثلث حيث قال بعد هذا والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جايز عندنا فكانه
مال الى ان صحة الدعوى ليس بشرط لصحة الصلح لان الصلح للدفع الشغب وقطع الخصومة وهذا المعنى
يمكن بحقيقة في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعي يمكنه ازالة الفساد
باعلام المدعا عليه فيتحقق معنى الشغب وهذا يندفع بالصلح قوله ولو ادعى هبة وطلب
لو صح التوفيق فان قيل ينبغي ان لا يقبل لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة
قلنا اذا جحد الهبة فقد فسخها لان جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ فانفسخت الهبة في حق
المدعا عليه وتوقف الفسخ في حق المدعي على الرضا فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك
الفسخ فتم الفسخ بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح كذا في الكافي
ويصح ان يقال حكم العقد يجوز ان يختلف في حق المتعاقدين كمن اشترى عبدا وهو حر فانه شراء
في حق البايع تخليص عن ذل الملك في حق المشتري فاقامة البينة على الشراء بعد دعوى الهبة وجحود
الواهب هبته كاقامتها على شراء عبد او هو حر فانه صحيح فكذا هذا فقوله ادعى شراء باطلا ممنوع
بل هو شراء صحيح في حق المدعا عليه وما ذكر في الكافي لا يتاتى على قول محمد رحمه الله فان جحود ما عدا النكاح
ليس بفسخ عنده مطلقا الا يرى ان الموصى لو جحد الوصية لا يكون فسخا عنده حتى لو قامت
البينة عليها بعد موت الموصي يقبل على ان الاقدام على الشراء انما يكون فسخا للهبة اذا كان
شراء الرجل ملكه باطلا مطلقا وليس كذلك بل هو صحيح اذا تضمن الفايدة كرب المال اذا اشترى
ماله من المضارب صح لانه يستفيد بهذا الشراء ولاية التصرف مع بقاء عقد المضاربة ولا خفاء ان المدعا
عليه لما انكر الهبة تعذر المدعي ان يتصرف فيه بحكم ملكه فجاز ان يشتري منه ليستفيد ولاية التصرف كما يشتري
رب المال ماله من المضارب بل اولى لان رب المال يتمكن من التصرف في ملكه بفسخ عقد المضاربة والمدعي
الهبة لا يتمكن فيه بوجه وعلى هذا ينبغي ان لا يكون الاقدام على الشراء اقرارا بالملك للبايع كما هو رواية

الجامع لجواز انه لا قدم عليه فهو تقاول للتصرف **قوله** لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد
بالعقد لانه حقهما فبقي العقد بعد التصادق وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا
البايع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب كذا في الكافي ووجه التوفيق ان ما ذكره قبل هذا من
قوله ان البايع يستبد بفسخه فالمراد به انه يستبد به اذا فات رضاه من الاصل وذلك ان البايع انما رضي
بالبيع بشرط ان يتمكن من استيفاء الثمن فاذا فات الثمن بجحود المشتري البيع فات رضاه من الاصل اذ الرضي
بشرط لا يكون رضا بدونه فيستبد بفسخه كما لو اشترى عينا فاذا هو معيب لا يشتري وله خيار الرؤية او الشرط
وما ذكر هنا من ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فمعناه انه لا ينفرد به اذا لم يفت رضاه من الاصل وفي
هذه المسئلة لم يظهر فوات رضاه الثابت من الاصل فلا يستبد بالفسخ ضرورة وفي الحاشية ويمكن ان يوفق بان المراد
بقوله فيستبد بفسخه انه لا يحتاج فيه الى فسخ المشتري لانه قد ثبت الفسخ منه بدلالة الجحود فلا يحتاج فيه
الى فسخ آخر فيثبت به لا بالبايع والمراد بقوله بخلاف ما اذا قال لم تبعه وانكره انه لم يجمع البايع على ترك
الخصومة لانه لما لم يترك الخصومة لم يثبت الفسخ من جهة ولم يثبت من الآخر بجحوده والفسخ لا يثبت بالواحد
فله ان يبطل الجحود بالاقرار كما في دعوى المال وهذا لان التناقض في الاقرار غير معتبر ثم لفظها ولا يخفى ان
حمل كلام استبداد على معنى ان لا يحتاج الى فسخ آخر ثانيا غير ظاهر على انه لو كان المراد بقوله فيستبد
بفسخه هذا المعنى لما افاد التعليل الثاني بقوله ولانه تعذر استيفاء الثمن الى آخره ازكما يفيد الاول وهو قوله
لان المشتري لما جحد كان فسخا الخ يعرف بالتامل ثم لا خفاء ان المقر له لا يبطل جحوده بالاقرار حتى يكون ذلك مناقضا
في الاقرار فلا يكون معتبرا لبطلانه بالدعوى لانه يدعي عليه الغا والتناقض في الدعوى معتبر ولم يكن معتبرا
في الاقرار اذ لا تهمة في الاقرار بخلاف الدعوى **قوله** وقد انكره فكان مناقضا فان قلت لا ينفع انكاره
بالقضاء فصار مكذبا فلا يكون مناقضا كما اذا رد المشتري المبيع المعيب على البايع بقضاء حيث يكون له الرد على
بايعه وان انكر قيام العيب لانه مكذب شرعا قلت التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يرد كالمختلعة
بقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع وثمه كذلك يجوز ان لا يكون المشتري مطلعا على العيب
فانكر بناء عليه ثم لما اقيمت البينة عليه علم الآن فاراد الرد ولا كذلك ههنا لانه ليس مبناه على الخفاء
لانه ادعى فعل نفسه فان قلت ينتقض بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا
كفيل عنه بامره فقضى القاضي عليه بالبينة بعد ما انكر فله ان يرجع على المكفول عنه اذا ادى لما انه
مكذب شرعا والتناقض ليس في محل الخفاء قلت انه انكر الكفالة وعن الامر بالاداء وهو منفصل عنها
مسئلتنا اذ البراءة عن كل عيب لا يصح بغير البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض
كذا في النهاية قلت يتجه على المصنف ح ولاية المخاصمة مع بايعه في الرد بالعيب وولاية الرجوع

على المكفول عنه على التكذيب الشرعي حيث قال في مسئلة الرد بالعيب غاية الامر انه انكر قيام العيب
لكنه صار مكذبا شرعا وقال في مسئلة الكفالة ونحن نقول انه صار مكذبا شرعا فبطل ما في زعمه
فقد بنى ولاية المخاصمة مع البايع وولاية الرجوع على التكذيب الشرعي لا كما ظنه هذا القائل وايضا
ملمنا ان الكفالة بالامر والامر بالاداء متغايران وكذا الثابت بالبينة هو الكفالة بالامر لا الامر بالاداء وهو لم
ينكره ايضا فلا يثبت الرجوع باعتباره نعم ان الكفالة بالامر تتضمن الامر بالاداء ولكن انكار الكفالة بالامر انكار
لما تضمنه من حيث ثبوته في ضمنه فلا يثبت له الرجوع الا بالتكذيب الشرعي وبالجملة فالتكذيب الشرعي
له اثر في ترتب الاحكام كما ان اشترى من غيره شيئا فاستحق عليه بالبينة كان له الرجوع بالثمن على البايع وان زعم
صحة البيع وعدم ولاية الرجوع لانه صار مكذبا شرعا ثم لا نسلم ان انكاره للعيب في محل الخفاء اذ العيب
لكون الجد في يده آناء الليل والنهار يمكن ان يطلع عليه بالتفحص والتتبع فاذا لم يطلع عليه فذلك لتقصيره
بخلاف المختلعة فان نهار لا يخفى عليها طلاق الزوج لاستبداده به وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق
الاستبداد المولى به وايضا لو كانت ولاية المخاصمة في مسئلة العيب باعتبار ان التناقض فيه عفو لكونه
في محل الخفاء لكان ينبغي ان يثبت هذه الولاية له فيما اذا لم يوجد تكذيب الشرع ايضا كالو اقر
المشتري بانه لا عيب فيه ثم ادعى فيه عيبا والمسئلة بخلافه وايضا لو كان ولاية الرجوع في مسئلة الكفالة
باعتبار الامر بالاداء لا باعتبار الكفالة لزم ان يرجع الكفيل في هذه المسئلة بما ادى لا بما ضمن والمسئلة موضوعة
لما مر في الكفالة ان الكفيل بالامر يرجع بما ضمن لا بما ادى والكفالة الثابتة بالبينة كالثابتة عيانا
فيكون حكمهما واحدا وايضا قد سبق في الشرح ان محمدا رحمه الله لا يجوز الرد على البايع لمكان التناقض واعتذار
عما قال ابو يوسف رح من انه صار مكذبا شرعا بان قوله لا عيب نفي العيب في الحال والماضي والقاضي
كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول فلو كان هذا تناقضا في محل الخفاء لكان مغفورا عنده
ايضا اذ التناقض في محل الخفاء غير معتبر عند علمائنا فالاظهر في الجواب ان يقال لا شك ان البراءة
عن كل عيب لا يصح بغير البيع فكان انكار البيع انكارا لها لاستلزام انكار الملزوم فيكون دعوى البراءة
بعد ذلك تناقضا والتكذيب شرعا انما هو في البيع ~~ودعوى البراءة~~ يعني ذلك دون البراءة لان التكذيب يثبت
ضرورة الاثبات بالقضاء والقضاء مقتصر على البيع اما البراءة فلا يثبت بالقضاء لا قصدا وهو ظاهر ولا ضمنا
لان وجود البيع لا يستلزم وجودها اما انكار البيع فيستلزم انكارها لانها تستلزم البيع وانكار اللازم
انكار الملزوم اما الاثبات اللازم فلا يستلزم اثبات الملزوم فيبقيت البراءة على الانكار فيكون دعوى
البراءة تناقضا بخلاف مسئلة العيب والكفالة لانه لما ثبت العيب والكفالة بالقضاء ثبت ولاية الرد والمخاصمة
مع بايعه وولاية الرجوع على المكفول عنه لان وجود العيب والكفالة عنه بالامر يستلزم وجود هاتين
الولايتين فيبطل بالقضاء ما في زعمه والله اعلم **قوله** لان الاستثناء صرف الى ما يليه الخ قال قلت

قوله لنا الله تعالى لئن كان في حكم الاستثناء وجب ان ينصرف الى الاخير عند الكل اذ الاستثناء ينصرف الى
ما يليه من الجملة عند علمائنا فيجب ان ينصرف الى الاخير في قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت
الله لنا الله تعالى في قولهم جميعا ولئن كان في حكم الشرط وجب ان ينصرف الى الكل عندهم جميعا اذ الشرط
ينصرف الى الكل جميعا ذلك اجيب بانه شرط وكلام فيه لئن ينصرف الى الكل غير انه انصرف هنا عندهما الى
الاخير بقرينة ان الذكر للوثوق وللصرف الى الكل بنافيه رد بان التعليل بقوله ولان الاصل في الكلام
الاستبداد يشعر بان صرفه الى الاخير هو الاصل الا انه صرف هنا الى الاخير بالقرينة ثم ما ذكر في تعليل ابي حنيفة
رض هنا يوجب ان الحكم عنده في الاستثناء كالحكم في الشرط لانه لا ينفصل **فصل** يكون
في القضاء بالمواريث **قوله** ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ولا يلزم مسئلة الطاحونة
اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة من حيث يجعل الحال حجة لصاحب الطاحونة في ايجاب الاجر لانهما
اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر حجة للتأكيد والبقاء اما كان وفي مسئلة
الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت ولا يصلح الظاهر شاهدا لها
كذا ذكر الامام قاضيخان وفي الفوائد الظهيرية لان التمسك بالحال انما لا يجوز للاثبات اذا لم يكن في موطن العدم
سبب الاستحقاق للحال الذي هو حجة يكون سبب الاستحقاق قايما وسبب استحقاقها وهو الزوجية معدوم للحال
وسبب استحقاق الاجر قايم للحال وهو الاجارة فان قيل ينتقض بالاذانات للرجل وترك ابنين
فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال موته وقال الاخر صدقت وكنت مسلما ايضا اسلمت
في حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موته فالقول قوله ولم يجعل الحال
حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة قلنا ما ذكرنا من
الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضي على
خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قايما الا ترى
ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا
شهرين وقال الموجر بل شهرا فالقول قول المستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا
في جريان مقدار ما او انقطاعه . كذا وذلك غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتابية حاصل
الاختلاف وقع في مقدار مدة الاسلام حتى ان لا في نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام لا
اسلام مقدر وهذا هو المأخذ في المسئلة كذا في الشرح قلت ما ذكر في الفوائد من ان الاختلاف
في مسئلة الابنين ومسئلة الكتابية وقع في مقدار مدة الاسلام والحال لا يحكم في مسئلة منقوض بما اذا مات
النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقال الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول
الورثة وذلك لان المصنف رح حكم الحال في هذه المسئلة حيث قال ولنا ان سبب الحرمان ثابت في

الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال ولا يخفى ان الاختلاف في هذه المسئلة نظير الاختلاف في مسئلة الابنين
كلاهما في اختلاف القتل بالقتل وكذا في مسئلة الابنين ومسئلة الكتابية انما وقع الاختلاف في وجود الاسلام عند الموت
لا في مقدار مدة الاسلام لانهما لم يختلفا بعد الاتفاق على وجود الاسلام فيما كان ومن بكر بدعوى
الاسلام قبله ومثل هذا لم يعتبر اختلافا في المقدار الا ترى انه لو استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول
الشهر ثم جاء به اخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستأجر ابق حين اخذته وقال الموجر لم يكن ذلك
الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر تحكيما للحال والمسئلة
بابك في الاجارات فلم يجعل هذا اختلافا في مقدار مدة الاباق والمرض فكذا في مسئلة الابنين بخلاف
ما اذا اختلفا ان انقطاع الماء كم كان بعد ما اتفقا على وجود اصله فيما مضى لان تحكيم الحال هنا متعذر لان الماء
اذا كان جاريا في الحال يدل على جريانه في الماضي من الازمنة كلها ولئن كان منقطعا فهي تدل على
انقطاعه في جميع الازمنة السابقة اما لا دلالة لها على انقطاع مقدار يوم او يومين فلا جرم لا يحكم
الحال هناك بل يكون القول للمستأجر مع يمينه على ان ما ذكر في الفوائد من الجواب عن مسئلة الطاحونة
لا يطرد فيما اختلفا بعد انقضاء مدة الاجارة لان الاجارة تنفسخ بانقضاء مدتها فلا يكون السبب قايما في الحال
في المسئلة الاجارة ايضا فالجواب الاصح والاشبه هو ما ذكره الامام قاضيخان وهو المذكور في الكافي **قوله**
ولو قال المودع هذا ابنه ايضا فقضي بالمال للاول فان قلت ينبغي ان يضمن النصف للثاني لانه
لا ان النصف حقه باقراره انه ابن الميت ايضا وقد سلم الكل الى المقر له الاول قلت لا يلزم من كونه
مقرا بالبنوة استحقاق المال كذا في الشاهان وذكر الشارح ان هنا يضمن المودع للثاني ايضا اذا دفع الوديعة
الى الابن الاول بغير قضاء ولهذا الشاهدان اذا شهدا انه ابن الميت ولم يقولوا وارثه يقبل الشهادة
ويحكم بالميراث له في الصحيح فلو لم يكن البنوة مستلزما لاستحقاق المال لا اشترط في الشهادة بالارث ان يقولوا
هذا ابن الميت ووارثه **قوله** فيكون اقرارا على الاول فلم يصح اي لم تصح في حق الاول الابن
حق الثاني فيصح حتى تضمن النصف اذا دفع الى الاول بغير قضاء كما لو اقر بالوديعة لانسان ثم اقر بها للاخر
كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه باطل ويضمن للاخر قيمتها لان اقراره انها
للثاني ولانه صار مستهلكا على الثاني للاقرار بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها غير ان عند محمد رح يضمن قيمتها
للثاني وان دفع الى الاول بقضاء وعند ابي يوسف رح انما يضمن اذا دفع الى الاول بغير قضاء اما اذا دفع بالقضاء
فلا **قوله** ولان المكفول له مجهول ويشكل هذا التعليل بما اذا ثبت الدين او الارث بالاقرار فانه يوخذ
الكفيل رح بالاجماع مع ان المكفول له مجهول وجوابه ان في الكفيل الا اذا ثبت الدين بالاقرار دون بينة عن
ابي حنيفة رض قال الامام التمرتاشي رح لو قال المودع هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي
يتانى في ذلك اما ما على حسب ما يرى فان لم يظهر وارث اخر امر بدفع المال اليه واخذ منه كفيلا قبل هذا

قولهما وعند ابي حنيفة رض لا يأخذ وقيل هو قول الكل لان الثابت بالبينة دون الثابت بالاقرار فهذا التعليل
محمول على احدى الروايتين ويشكل ايضا هذا بما ذكر الشارح في ادب القاضي ان الرجل اذا قلد القضاء
ينظر الى حال المحبوسين فان كان فيهم قوم لم يحضر لهم خصم فالقاضي يبعث عدة ينادي كل يوم فان لم يحضر
رجل منهم خصم اطلقهم واخذ منهم كفيلا عند ابي حنيفة رض ولا يخفى ان هذه كفالة للمجهول قوله لا كما قال
البعض الى بعض المعتزلة لان ابا حنيفة رح يقول كل مجتهد مصيب وذلك يوافق المعتزلة في اعتقاد الاصابة لكل
مجتهد قوله لما ان الجاحد خائن فيؤخذ منه كفيل كذا في الحاشية وهو سهو لما ذكر في الشرح عند قوله ولا
يتوثق بكفيل حيث قال وهذا بالاجماع وانما الخلاف في اخذ النصف الباقي للغائب وتركه في يده ولان
المال اذا كان يؤخذ من يده فلا فائدة في اخذ الكفيل قوله فقد قيل يؤخذ اي المنقول وفي الحاشية
اي الكفيل وهو غير صحيح لما ذكرنا من الاجماع على انه لا يتوثق بالكفيل في هذه المسئلة وبدليل قوله لانه يحتاج
فيه الى الحفظ والنزع ابلغ اذ لو جعل الضمير في يؤخذ للكفيل لكان هذا التعليل حشوا قوله لانه انما يثبت
استحقاق الكل على احد الورثة استثناء ع قوله لان احد الورثة ينتصب الى قوله لرد عليه يعني ان احدا
لو ادعى على الوارث دينا على الميت يكون هو خصما في جميع الدين فيما اذا كانت التركة جميعها في يد ذلك
الوارث الذي هو المدعى عليه وفيما اذا الا لان الخصومة بقدر اليد كذا في الشرح وفيه نظر لان احد الورثة
ينتصب خصما عن الميت وعن باقي الورثة وان لم يكن شيء من التركة في يده صرح بذلك في الكافي حيث
قال وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان
البعض في يده ينفذ بقدره وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد الورثة ينتصب خصما عن
الميت وعن باقي الورثة في دعوى الدين وان لم يكن في يده شيء من التركة ثم لفظه وفي الذخيرة
في الفصل التاسع عشر من كتاب الدعوى ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه وليس في يد
الوارث شيء من التركة او لم يكن للميت مال اصلا يقبل منه هذا لفظه وهو تصريح بالادعينا(?)
وانما المصنف رح نقل المسئلة عن الجامع وهذه المسئلة في الجامع مذكورة في صورة دعوى العين كما ذكرنا
من الكافي والشارح حملها على صورة دعوى الدين اللهم الا ان يراد بقوله يكون هو خصما في جميع الدين
هو الخصومة في استيفاء جميع الدين لا في اثباته يعني ان جميع الدين انما يستوفى منه اذا كان جميع التركة
في يده اما اذا لم يكن فلا فحينئذ يوافق ما ذكر في الكافي والذخيرة قوله فهو على ما فيه الزكوة اي
يجب عليه التصدق بكل مال يجب فيه الزكوة وهذا انما يستقيم على قول محمد رح فاما على قول
ابي يوسف رح فمال الزكوة ليس بمتعين حتى يدخل الارض العشرية عنده فالظاهر انه يدخل
فيه كل مال يجب فيه صدقة الفطر ايضا عنده لانه ليس بادنى مما يجب فيه العشر فان قلت ما
وجه وجوب التصدق بقوله مالي في المساكين صدقة وليس فيه ما يدل على الوجوب قلت

المال انما تصير الصدقة بالاداء الى الفقير فلما سمى ماله صدقة وهو غير مؤدى الى الفقير بعد فلا بد وان
يضمر الاداء هنا اقتضاء تصحيحا لكلامه ولكن حقيقة الاداء فعل حسي لا يمكن تقديره سابقا فقدرنا
الايجاب الذي هو في حكم الاداء من حيث ان الوجوب يفضي الى الوجود لا محالة فكان ايجاب المال
على نفسه كالاداء الى الفقير فصح تسميته صدقة مجازا بتقدير الايجاب قوله ولان ايجاب
العبد معتبر بايجاب الله فينصرف الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة من المال يعني ان العبد لو اوجب
على نفسه شيئا انما يصح ذلك الايجاب اذا اوجب الله تعالى عليه من جنسه اما اذا لم يوجب فلا كذا
في الشاهان فان قلت الاموال التي لا يجب الصدقة فيه ان كانت مما اوجب الشارع الصدقة
فيه من جنسه وجب ان يدخل في مالي في المساكين صدقة وكذا وجب ان لا يصح النذر بثياب البذلة
ونحوها مما لا يجب الصدقة فيه حقا لله تعالى لفقد شرط الايجاب اجيب بانه لا نزاع ان الاموال التي لا يجب
فيه الصدقة مما اوجب الله تعالى الصدقة على العبد من جنسه ولكن اعتبار الجنس القريب اولى من البعيد
وفيما اذا اطلق المال امكن صرفه الى النوع الذي اوجب الشرع الصدقة فيه فلا يصرف الى غيره اعتبارا للجنس
القريب اما اذا لم يمكن اعتباره بان عين مالا لا يجب الصدقة فيه حقا لله تعالى كثياب البذلة فلا جرم ان يعتبر جهة
ايجابه الجنس البعيد قوله معتبر بايجاب الله تعالى والذي اوجبه الله تعالى على العبد من الصدقة مضافا الى
مطلق المال كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة انصرف الى الفضول لا الى كل المال فكذا ما يوجبه العبد على نفسه
فان قلت عبيد الخدمة ايضا مال اوجب الشرع فيه الصدقة وهو صدقة الفطر فينبغي ان يتصدق بالعبد ايضا
قلت صدقة الفطر ليست بصدقة مطلقة هي عبادة فلا يرد كذا في الحاشية وفيه نظر لان الارض العشرية تدخل
في التصدق عند ابي يوسف رح باعتبار ان جهة العبادة في العشر راجحة مع ان العشر ليس بصدقة مطلقة هي
عبادة بل فيه معنى المؤنة ايضا كصدقة الفطر فالاولى ان يقال في عبيد الخدمة ان كانت الصدقة يجب فوجوبها
فيهم ليس لاجل انه مال بل باعتبار ان المولى يلي عليه ويمونه ولهذا يجب للصغير وكل من يلي عليه ويقوم هو
بمؤنته وليس ذلك بمال او يقال صدقة الفطر ليست بواجبة في عبيد الخدمة بل في الكل والعبيد في الحقيقة وان
لم يجب فيها حقيقة فهو واجب فيها حكما من حيث انه والوجوب فيما يحصل منها قوله اما الوصية فاخت
الميراث لانها خلافة كهو فان قلت اذا كانت الوصية خلافة كالميراث ينبغي ان لا يتوقف جوازها على القبول وبما ذكر
ان الموصى به لا يملك قبل القبض عند علمائنا الثلثة قلت جوابه ايضا ما يأتي في الوصايا قوله اما الوكالة
فانابة وهي تمليك التصرف من الوكيل فيتوقف على العلم كالهبة وغيرها كذا في الشاهان وفيه نظر لما عرف ان الوكالة
يحتمل التعليق بالشرط حتى لو قال اذا جاء راس الشهر فانت وكيلي ببيع هذا العبد يجوز فلو كانت الوكالة
تمليك التصرف لما صح تعليقه اذ التمليكات لا يحتمله وايضا قد صرح في الشاهان في كتاب الاكراه ان الوكالة
من الاسقاطات لان تصرف الوكيل موقوف حقا للموكل قبل التوكيل اسقط ذلك الحق هذا لفظه وقوله هنا وهي تمليك(?)

التصرف من الوكيل يتضرر بان الوكالة من الايتانات فلا بد من وجه التوفيق **قوله** فيتوقف على العلم
هذا اذا ثبتت الوكالة قصدا اما اذا كانت في ضمن امر الحاضر بالتصرف بان قال لعبده اشتر عبدي من فلان فهو
يثبت بدون العلم به ثم اوليان اما العزل القصدي فيتوقف على العلم فاذا كان حكميا كموت الموكل ونحوه فيثبت
بدون العلم **قوله** لقدرة الموكل على التصرف بنفسه كتوكيل الحر فلا يرد ما اذا لم يكن الموكل قادرا
على التصرف بنفسه كالمحرم يوكل غيره ببيع صيد والمسلم يوكل النصراني بشراء خمر او خنزير **قوله** حتى
تحمل عنده شاهدان اي متوفران حتى لو اخبره بالعزل فاسقان لا يثبت العزل عنده لان خبر الفاسق لا يوجب
التوقف كذا في الشاهان وقال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل او بحجر الماذون فاسقين يثبت العزل والحجر لوجود
احد الشطرين وهو العدد وذلك لان تاثير العدد فوق تاثير العدالة الا يرى ان القضاء بشهادة الواحد العدل
لا ينفذ وبشهادة الفاسق ينفذ ثم لو وجدت العدالة هنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فاولى ان يثبت الحجر بالعدد
وان لم يوجد العدالة وكان المصنف يميل الى هذا القول حيث قال في نتيجة قبول ابي حنيفة رح فيشترط احد شطريها
وهو العدد او العدالة وفي خبر الفاسقين يوجد احد الشطرين وهو العدد لا محالة **فصل** **قوله**
وعلى هذه الرواية لا تقبل كتابة اي كتاب القاضي الى القاضي قلت لان الدال انه على هذه الرواية لا تقبل كتابه في
الحدود وغيرها فغير مسلم لان قول القاضي هنا انما لا تقبل لاحتمال الغلط وعدم امكان التدارك بخلاف ما نقضيه لان لا
يقبل كتابه فيما لا يمكن التدارك وهو الحدود والقصاص لا مطلقا ولان الدال لان مأخذ هذه الرواية تقتضي ان لا تقبل
كتابه في الحدود والقصاص خاصة فلا نزاع فيه ولا وجه لاثباته بقياس هذه الرواية وكون هذا القياس مخالفا لظاهر
الرواية **قوله** والمجنون منه كان معهودا لدي معلوما عند الناس فكان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق
باسناده الى حالة منافية للايقاع فان قلت يشكل بمن اعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها
وانا حرة فالقول لها وكذلك في كل ما اخذ منها عند ابي حنيفة رض وابي يوسف رح لانه منكر وجوب الضمان باسناده
الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان قلت انه اقر هناك بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فالقاضي ايضا اقر بالاخذ
سبب الضمان بعد العزل ثم ادعى ما يبريه قلت لان المولى هناك اقر باخذ مال الغير وادعى جهة التملك فيه فيصدق
في الاولى لا في جهة التملك كما لو قال اخذت منك الف درهم بحق الدين الذي لي عليك وانكر الخصم كان القول قوله بخلاف
القاضي فانه ما ادعى جهة التملك لنفسه وكذلك في دعوى الطلاق والعتاق فكان القول قولهم في الاضافة
الى حالة معهودة منافية للضمان كذا في الشرح قلت لا نسلم ان المولى في مسألة الجارية اسند فعله الى الحالة المنافية
لوجوب الضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن ما اخذ منها من المال وهي مديونة فحالة
الرق لا تنافي ضمان اليد وضمان المال بخلاف حالة القضاء وحالة الجنون والصبي فانها منافية لوجوب الضمان
ووقوع الطلاق والعتاق فافترقا واما ما ذكره الشارح من ان المولى هناك اقر باخذ مال الغير وادعى جهة
التملك فيه فيصدق في الاول لا في جهة التملك فمنقوض بما لو اخذ المولى غلة الجارية فقال اخذتها وانت امتي

وقالت اخذتها وانا حرة كان القول قول المولى لاسناده الى حالة منافية لوجوب ضمان الغلة اذ المولى لا يضمن غلتها
وان كانت مديونة فلو كانت الغلة ما ذكره الشارح لضمن المولى ايضا **قوله** لانه اقر بسبب الضمان فان
قلت قد وجد الاسناد منهما الى حالة منافية لوجوب الضمان فيجب ان لا يضمنان كالقاضي قلت حالة القضاء
منافية لضمان القاضي الحالة دون غيره لانه كم من غاصب يغصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء وما
ادعى من ان القاضي امره بالقطع غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضي المعزول في حقه غير مقبول كما
ذكر فلا يسمع كذا في الشرح والله اعلم

كتاب الشهادات

قوله لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما
دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة والنهي عن الاباء عند الدعاء امر بالحضور عنده لان النهي عن الشيء امر بضده اذا
كان له ضد واحد وخص عن هذين النصين غير مجلس القضاء فصلح خبر الواحد مخصصا له في باب الحدود
كذا في الشاهان وفيه نظر لما ذكر الشارح ان ركن الشهادة هي استعمال لفظ اشهد على وجه الاخبار عند
القاضي مع استجماع شرائطه فاذا كان ركن الشهادة هذا لم يكن النصوص الموجبة لاداء الشهادة متناولا
غير مجلس القضاء حيث لا يتحقق معنى الشهادة في غير مجلسه ولا تخصيص فيما لا يتناوله العام ثم قد يقال الكتمان
انما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج الى الاحياء حقه وذلك في حقوق العباد اما الحدود فحق الله تعالى وهو
موصوف بالغنى والكرم وليس فيه خوف فوت حقه فجاز للشاهد ان يختار جانب الستر فيعارض الدلالة
علم ان النصين لا يتناولان الحدود فلا يلزم العمل بخبر الواحد على معارضة النص وقد يقال النص
لا يتناول الحدود لان الشاهد اذا اختار الستر لم يبق شاهدا ولذا اختار الحسبة يجب اداء الشهادة **قوله**
ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه وحق العبد مقدم في الاحياء
وذلك في الشهادة بلفظ الاخذ دون السرقة وفيه بحث لان حق المردود منه بعد ظهور السرقة لان حق المردود
منه عند قيام المردود في اليد وظهور السرقة لا ينافي الرد بل يجب الرد اجماعا وبعد هلاكه حقه في التضمين وظهور
السرقة لا ينافي ايضا لانا نعرف ان المردود منه بعد ظهور السرقة مخير بين ان يختار القطع فيقطع وان يختار التضمين
فلا يقطع فلا يكون الشهادة بالسرقة مبطلة حق العبد في الضمان انما تصير مبطلة له اذا لم يكن له الخيار والتضمين
بعد ظهور السرقة والامر بخلافه **قوله** لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهي المشاهدة والضبط
والاداء في لفظ الكتاب نوع اخلال لان بهذه الاشياء لا يثبت اهلية الشهادة بل بالولاية وهي بالحرية والاسلام
والبلوغ وهذه الاشياء اسباب التحمل والاداء عند القاضي الا يرى ان هذه الاشياء حاصلة للعبد والصبي
العاقل والكافر ولا شهادة لهم الا اذا جعلت هذه الاشياء الثلثة تفسير الاسم المبهم في قوله لوجود ما يبتني عليه
ح يجب ان يقول وهو المشاهدة الى اخره والنسخة الصحيحة بتصحيح شيخي رح كانت وهي والصحيح ما ذكر في الاسرار حيث
قال وان الانسان انما يصير شاهدا بكونه وليا والولاية مبنية على الحرية والاسلام والبلوغ في هذا مثل
المجال والمقول مبنى على العدالة والشاعدالة اهل الرجال كذا في الشرح قلت والاصح ان يراد بالاهلية

في قوله لوجود ما سبق عليه اهلية الشهادة هي اهلية الاداء لا التحمل ويراد بقوله وهي المشاهدة قدرة
المشاهدة على حذف المضاف فلا يكون فيه اختلال الظهور لان اهلية اداء الشهادة مبنية على قدرة
المشاهدة وقدرة الضبط وقدرة الاداء عند القاضي ثم ما ذكر الشارح من العدد بقوله للثلث لا تجعلت
الخ لا يصلح مفعولا للاختلال المذكور لما ذكرنا ان اهلية الشهادة لا يبتني على هذه الاشياء الثلث المذكورة
لوجودها في العبد والشهادة لا يقبل مع بنيته على الولاية ولو سلم ثم قال من قوله الخ يجب ان يقول وهو
المشاهدة والضبط المصحح وهي غير متوجه لما عرف من صحة اعتبار الخبر في امر التذكير والتانيث وذلك في
نظايرهم اكثر من ان يحصى **قوله** ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال شهادة امراة واحدة ذكرهنا ثلثة اشياء ثم خص شهادة امراة واحدة وهذا التخصيص صحيح
في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد يقبل فيهما ايضا كذا في الشرح فكان
المراد بقوله يقبل الا قوله شهادة امراة واحدة هو بيان ان اشتراط الذكورة والعدد ساقط في هذه الشهادة
وليس معناه انه يقبل في هذه الثلثة شهادة المراة لا شهادة الرجل وشهادة امراة واحدة لا شهادة
امراتين فصاعدا كيف وقبول شهادة امراة واحدة يدل على قبول شهادة رجل واحد وشهادة امراتين
بالطريق الاولى فلما كان المراد به ما ذكرنا لم يكن لهذا اللفظ دلالة على عدم جواز شهادة الرجل الواحد
اذ سقوط اشتراط الذكورة لا يدل على عدم جواز اعتباره **قوله** والجمع المحلى باللام يراد به
الجنس فان قيل هذا اذا كان في موضع النفي نحو لا اتزوج النساء لا في الاثبات فلا يبطل معنى
الجمعية كما في حالفه على ما في يدي من الدراهم وقوله لفلان علي من الدراهم وقوله اوصيت لفلان
بالدراهم حيث ينصرف الى الثلثة دراهم في هذه الصور قيل تمسك بمثل هذه المسايل بعضهم على ان اللام لا يبطل
معنى الجمعية في الاثبات ولكنا نقول انما يبطل معنى الجمعية اذا كان جمعا مجردا عن الاضافة والاشارة واما
في حالفه على ما في يدي من الدراهم فالجمع غير مجرد عنهما لاختصاص ما يحويه يدها وهذا لانه جمع حقيقة فيجب
اعتبار معنى الجمعية الا انه ابطل اعتبار معنى الجمعية لامكان الدلالة للجنس حيث كان مجردا عن الاضافة
والاشارة فاذا قيد بهما لا يبطل معنى الجمعية وقال الامام مولانا حميد الدين رح اذا دخل اللام على
الجمع يراد الواحد مع احتمال كل الجنس اذا كانت الكل ممكنة وهنا لا يحتمل لان يكون كل دراهم العالم في
يده فلما بطل الدلالة الجنسية بهذا الطريق لم يصرف الى الواحد اما لان لا دلالة الواحد انما كان في ضمن
معنى الجنسية وقد بطل ذلك فبقيت صيغة الجمع خالية عن حرف الجنس فينصرف الى الثلثة واما لان
كل الجنس لما لم يكن مرادا فلكن الحمل على المعهود بالثلثة قوله على ما في يدي صرف الى المعهود هذا كلاما
اشار اليه في الشرح اشار الى بعضه في الخلع والى بعضه هنا وبهذا يخرج الجواب عن المسايل التي
يتمسك بها الاثبات لانه في النفي دون الاثبات ولكن ما ذكر الامام حميد الدين ينتقض بما اذا اوصى بثلث
ماله للامهات الدلالة وهو ثلث وللفقراء والمساكين فلهم ثلثه لهم من خمسة عند ابي حنيفة

وابي يوسف رح وعلل المصنف رح بان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس ولانه يتناول كل الافراد مع احتمال
الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد والثلثة للثلثة فيبلغ الحساب خمسة
هذا لفظه فقد اشار الى ان اللام الداخل على الجمع يحمل على الجنس ولان تعذر صرفه الى الكل بل
ذلك عند تعذر صرفه اليه اولى ثم اللام لا يبطل معنى الجمعية عند محمد رح على رواية الاصل ذكره في الشاهان
في كتاب الوصية في المسألة المذكورة فلا يتم التمسك بهذا الحديث على تلك الرواية من قبل محمد رح فيكون
متمسكه هو التعليل الثاني اعني قوله ولانه انما سقطت الذكورة الخ **قوله** الا انها ثابتة بوليد
اذ البكارة اصل وحاصله ان الشهادة متى تايدت بمؤيد كانت حجة والبكارة في النساء اصل فاذا
قلت انها بكر تايدت شهادتهن بما هو الاصل وان قلن هي ثيب تجردت شهادتهن عن مؤيد فلا بد
من ان يستحلف البائع حتى ينضم نكوله الى قولهن **قوله** ليتضم نكوله الى قولهن فان قلت
ما معنى انضمام نكوله الى قولهن وكل واحد منهما يثبت غير ما يثبته الآخر فبقولهن يثبت العيب في يد المشتري
وبنكوله يثبت في يد البائع فلا يفيد انضمام احدهما الى الآخر قلت فائدة هذا الانضمام يظهر في حق حكم آخر
وهو تمكن المشتري من الرد لان تمكنه منه لا يكون الا بثبوت العيب في الحال وفي يد البائع ايضا وذلك لا يثبت
الا بانضمام نكوله الى قولهن والمعنى ليتضم نكوله الى قولهن فيثبت له ولاية الرد وفي الحاشية فان قيل ينبغي ان
لا يكون انضمام نكوله شرطا لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهو الثيابة في الحال قلنا هذا الظاهر يعارضه ظاهر آخر
وهو ان الاصل في النساء البكارة فيحتاج الى انضمام نكوله تم لفظها وفيه نظر لان الثيابة في الحال لا يثبت
الا بقولهن فاستحال ان يتاكد قولهن به ولان المفهوم من الحاشية ان اشتراط النكول انما هو ليتايد قولهن
به وهو غير مستقيم لان النكول يصلح حجة لثبوت العيب وما يصلح علة لا يصلح مؤيدا ولان الثابت بقولهن العيب
في يد المشتري وبنكوله في يد البائع فلا يصلح النكول مؤيدا له لاختلاف موجبيهما **قوله** والعيب يثبت بقولهن
اي في الحال فيحلف البائع بانه لم يكن بها هذا العيب حين كانت في يده ولما احتيج الى شهادتهن في اثبات
العيب بها في الحال في حق التعليق لما ذكر في باب العيوب بقوله ومن اشترى عبدا فادعى ابقا لم يحلف البائع
حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري لان القول وان كان قوله لكن انكاره انما يعتبر بعد
قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة كذا في الشرح فان قلت قوله ومعرفته بالحجة يشير الى ان قولهن
انما يثبت حجة في ثبوت العيب في الحال وقد سبق في الشرح في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق
ان شهادة النساء انما يكون حجة اذا تايدت بمؤيد واذا تجردت شهادتهن عن ذلك لم يكن حجة ولا يخفى ان
قولهن انما يثبت لم يتايد فلا يكون حجة فكيف يثبت معرفة العيب بقولهن بلا مؤيد اجيب بان شهادتهن
لا تكون حجة الا اذا تايدت بمؤيد اما ما لا الزام فيه فيثبت بقولهن بلا تايد كالولادة يثبت بشهادتهن
وان لم يكن هناك فراش قايم او حبل ظاهر او اقرار الزوج والنسب لا يثبت بها الا اذا تايدت باحدها

الاشيا الثلثة وفيما نحن فيه لا يثبت بشهادتهم سوى قيام العيب في الحال وفي ذلك لا الزام على البايع فيثبت بقولهم
بلا عوض ولما الالزام باثبات العيب في يد البايع وهو لا يثبت بشهادتهن وانما يثبت بنكول البايع **قوله**
فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها جاء بلفظ والامر بلفظ يوجب اقامة مدلوله ومدلول لفظ الشهادة
لا يمكن اقامتها الا بلفظها لما فيها من التوكيد ما ليس في غيرها من الالفاظ وما لا يمكن اقامة الواجب الا به
يجب لوجوبه بخلاف الامر بالتكبير فانه ثابت ولان وذلك بلفظ التكبير قال الله تعالى وربك فكبر وذكر غيره من الالفاظ يدل
على ما يدل عليه لفظ التكبير جاز اقامته مقامه نعم يشكل بالمفاوضة فانها مامورة بلفظ المفاوضة قال النبي
عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وقال عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وقد نص في البزدوي
ان غير لفظ المفاوضة لا يؤدي معناه مع ان المسئلة منصوصة في الكتاب لان عقد المفاوضة كما يتم بلفظ المفاوضة
يتم ببيان جميع ما يقتضي عقد المفاوضة **قوله** لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض فان قيل
يعارضه حديث اخر وهو قوله عم خير القرون قرني الى قوله ثم يفشو الكذب وهو نفي للعدالة قلنا لما تعارضا حمل
قول المسلمون عدول في الوقت الاول والثاني والثالث وفيه كذا في الحاشية ووجه النظر ان ابا حنيفة رض
تمسك بقوله المسلمون عدول على جواز الاقتصار بظاهر العدالة في الازمان كلها فلو كان هذا الحديث محمولا على القرون
الثلثة لم يصح التمسك به على هذا الوجه والخلص من المعارضة ان الحسن لما تعارضا صرنا الى القياس والقياس
يقتضي اعتبار الظاهر في الشهادة على ما ذكرنا في الكتاب او نقول جاز ان يجعل قوله عليه السلام المسلمون مخصصا
لقوله ثم يفشو الكذب فانه يوجب اعتبار العدالة في باب الشهادة وقوله عليه السلام يفشوا الكذب بنفسه مطلقا
نخص به او نقول معنى قوله ثم يفشوا الكذب هو الفشو بالنسبة الى القرون الثلثة لا ان العدالة لا يبقى ظاهره
والعمل بالظاهر واجب لقوله عم نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السراير **قوله** يقتصر على ظاهر العدالة
فان قيل ابن ذهب قولهم الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق قيل الظاهر قد يكفي للاستحقاق لاذا لم ينازعه
اخر كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره اذا لم ينازعه المشتري في ذلك كذا في الشرح
وفيه بحث سنذكره في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى **قوله** لاني لمجرد ان التزكية في معنى الشهادة
لان ولاية القضا يبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيكون في معنى علة العلة فلا بد من العدد فان
قلت اذا كانت ولاية القضا مبنية على التزكية وكانت بمعنى علة العلة وجب ان تضمن المزكون اذا
رجعوا ولا يضمنون عنده على ما يجي اجيب بان ولاية القضا مبنية على التزكية من حيث انه لاجل القضا
لا انها غير مبنية عليها من حيث ان القضا بغير التزكية نافذ وكان في معنى علة العلة من وجه دون
وجه فيشترط العدد والعدالة احتياطا ولا يضمن المزكون اذا رجعوا لتعذر ايجاب الضمان بالشك وايضا
التلف هنا متحقق لقاء القضا بشهادة الشهود والتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان لا يجب
وذلك لان القضا بشهادة الفاسق والمستور نافذ فبقي في حق الكل ما بقيت الشهادة بخلاف رجوع

الشهود فان الشهادة تبطل في حقهم بالرجوع والقضا مبني عليها فيبطل ايضا ومتى بطل القضا ضمنوا حيث
لم يبق الحق مستحقا للمدعي في حقهم وقد اتلفوه بالشهادة فيضمنون **قوله**
ليس في معنى الشهادة الخ يشكل بما سيأتي من قوله ولو رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رح
لان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة هذا لفظه فقد اعتبر
ابو حنيفة التزكية في معنى الشهادة في حكم الضمان ولم يعتبره في معناه في اشتراط العدد والله اعلم **فصل**
قوله احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي لا يحتاج الى الاشهاد بل يجوز للشاهدان يشهد بغير الاشهاد
قلت قوله في بيان القسم الثاني لان الشهادة غير موجبة وانما يصير موجبة بالنقل يشير الى ان المراد بقوله ما يثبت
حكمه بنفسه اي لا يحتاج في اثبات حكمه الى شي موقوف للشخص كالنقل الى مجلس القضا ليشترط امانة وتحمله
حيث جعل الشهادة غير موجبة باعتبار احتياجه الى النقل الى مجلس القضا لا باعتبار احتياجه الى التحميل كيف ولو حمله
الى التحميل بناء على انه غير موجب بنفسه فلو فسر كونه غير موجب بنفسه باحتياجه الى التحميل لزم الدور فلما كان
الشهادة غير موجبة بنفسها باعتبار احتياجها الى النقل لزم ان يكون نحو البيع والاقرار موجبا بنفسه باعتبار عدم
الاحتياج الى النقل الى مجلس القضا لا غيره لا باعتبار احتياجه الى التحميل كيف وعدم احتياجه الى التحميل بناء على
كونه موجبا بنفسه فلا يجوز تفسير كونه موجبا بنفسه بعدم احتياجه الى التحميل **قوله** انه حصل له العلم وقد يقال
حصول العلم لا يكفي بل لا بد من المعاينة حتى لو حصل العلم بالتواتر لا يصح ان يشهد قوله وانما يصير موجبة
بالنقل الى مجلس القضا فلا بد من التحميل يعني انه لما احتاج الى النقل والنقل حقه فلا بد من انابته وقد يقال
هذا يقتضي انه لا بد من التحميل وان كانت الشهادة في مجلس القضا وقد ذكر الشارح انه لو شهد في مجلس
القضا حل للسامع ان يشهد على الشهادة من غير تحميل فلعل المسئلة ممنوعة عند المصنف والى ما اشير في الكافي حيث
قال في تعليل اشتراط الاشهاد لانه تصرف على الاصل من حيث نقل الولاية فيشهد قوله على المشهود عليه
والولاية الولاية النائبة للعرض عليه فلا بد من الامانة والتحميل هذا كلامه وانه لا يعرف من ما اذا كانت الشهادة
في مجلس القضا او في غيره والله اعلم **قوله** ولا يجوز للشاهدان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب
صورته اذا سمع الرجل من الناس ان فلانا ابن فلان وسعه ان يشهد بذلك وان لم يعاين الولادة
على فراشه والتوارث والتعامل ولان سبب النسب العلوق وانه لا يمكن الوقوف على حقيقته لانه امر بطن
لا يطلع عليه الا الله تعالى وسبب العلوق وهو الوطي يكون سرا من الناس لا يطلع عليه الا الواطيان والولادة
لا يعرفها غير القابلة فتعذر الوقوف على حقيقته فلم يكلف الشهود معرفة حقيقته واكتفي فيه بالدليل
الظاهر وهو الشهرة **قوله** وجه الاستحسان ان هذه امور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس
ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون الخ بنى المصنف جواز اداء الشهادة في هذه الاشياء
بالتسامع على اختصاص معاينة اسبابها بخواص من الناس وصح في البيع بان معاينته لا يختص

بالخواص بل يعاينه كل واحد وبنى صاحب الذخيرة جواز اداء الشهادة بالتسامع في النكاح والنسب
والموت وولاية القضاء على تعذر الوقوف عليها وكونها مما يشتهر وقوعاً وبقاءً اما تعذر الوقوف في النكاح
وولاية القضاء فلان صحتها يبتني على الملة وانها لا يوقف عليها الا بالظاهر واما في النسب فلان سببه العلوق
منه ولا يطلع الا الله وسبب العلوق الوطي ولا يطلع الا الواطيان والولادة لا يحضرها غير القابلة واما في
الموت فلانك ترى انا ناعلى زي الموتى وهو حي وترى حيا على زي الاحيا وهو ميت واما الشهرة فلان
النكاح يكون بحضرة الشهود ويتخذ لذلك وليمة ثم الناس يعودون بدخل هو عليها ويقولون هذه زوجة
فلان والنسب يكون بالولادة وانها تكون بين جماعة من النسوان غالبا ثم يهنى بعد ذلك الجيران ويتخذ لذلك
وليمة ثم الناس يقولون هذا ابن فلان والموت يكون بحضرة جماعة من الناس ثم يجتمعون للصلاة والدفن
والتعزية وتقليد القضاء يكون بحضرة الناس غالبا ثم تكتب له منشور ويقرأ على رؤس الخلائق ويجتمع الناس
كل يوم لفصل الخصومات بينهم فلما كانت هذه الاشياء الاربعة مما لا يمكن الوقوف على حقيقتها فاكتفي
فيها بالدليل الظاهر وهو الشهرة وقوعا وبقاء فاقيمت مقام المعاينة اما الملك فلا يجوز الشهادة فيها بالتسامع
لانها وان كانت يشتهر بقاء فلا يشتهر وقوعا في الغالب بخلاف هذه الاشياء فانها يشتهر وقوعا وبقاء والشهرة اقيمت مقام
العيان وجعل صاحب الذخيرة **قوله** ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع
لبطلت تلك الاحكام قلت ما ذكر المصنف رحمه من الفرق بين هذه الاشياء والبيع محل تامل اذ البيع قد لا يقف
عليه غير المتعاقدين اما النكاح فيشترط فيه الشهود ويحضره جمع كثير عادة ولهذا على قول ابي حنيفة رحمه لا يجوز الشهادة
بالتسامع في النسب والقضاء والنكاح ما لم يسمع ذلك ممن لا يتصور تواطؤهم على الكذب ليحصل له العلم بخبرهم ويحل له اداء
الشهادة فلو كانت هذه الاشياء يختص بمعاينتها الخواص كان مرجع الخبر الى الاحاد فلا يقع العلم بالتواتر فلا يفيد
اشتراط التواتر الا ان يقال فائدة اشتراط التواتر نائبة لانه يحصل به علم طمانينة فلما لم يكن اشتراط علم اليقين شرطنا
علم الطمانينة عملا بالدليل بالقدر الممكن وما ذكر في الذخيرة منظور فيه للقطع بان الوقوف على النكاح والقضاء متيسر
حيث يحضرهما جماعة من الناس وما قال لان مبناهما على الملة وهي مما لا يوقف عليه فيقول صحة النكاح
والقضاء لا يتوقف على قيام الملة حقيقة بل يكتفي فيهما بظاهر الاسلام وهو الاسلام في الظاهر مما يوقف عليه
ولو سلم فالشهرة لا يصلح دليلا على كونه قاضيا في الحقيقة وفيما بينه وبين الله وقيام الملة حتى تقام الشهرة
مقام العيان وقد يقال لان الشهادة لا يحل الا بالعلم وهو لا يحصل الا بالمعاينة او بالتواتر فينبغي ان يحل
الشهادة بالتواتر في الامور كلها غير ان التواتر في الغالب لا يمكن في الاملاك واسبابها فقلنا لا يجوز الشهادة بالتسامع
ولو تواتر سبب الملك او الملك فرجعها الى الاحاد فلا يفيد التواتر علم اليقين واما النكاح والنسب والقضاء
فيتواتر وقوعا وبقاء على ما ذكر في الذخيرة فيحل الشهادة فيها بالتسامع وهذا ايضا غير مستقيم للقطع بان القضاء
يعاينه خواص من الناس لا يحصل العلم بخبرهم فيكون مرجعها الى الاحاد على ما عرف في البزدوي في الاخبار

وزاد لك اللعين والاخبار بقتل عيسى عليه السلام فالظاهر هو الحال الى تعامل الناس واستحسانا انهم
فانهم تعاملوا الشهادة في هذه الاشياء بالتسامع والتعامل حجة **قوله** والقياس ان لا يجوز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فان قلت التواتر عند ابي حنيفة رحمه شرط والتواتر يحصل العلم
والعلم الضروري لنفي العلم هنا اجيب بان مرجع التواتر في هذه الاشياء الى الاحاد على ما ذكر المصنف رح لان هذه الاشياء
يختص بمعاينتها خواص من الناس كذا قال اولا بقوله وذلك بالعلم وهو علم المعاينة لان الشهادة مشتقة
من الشهادة والمشاهدة هي المعاينة وبالاخبار لا يحصل المعاينة فلا يجوز الشهادة به قال عليه السلام اذا
علمت مثل الشمس فاشهد شرط الاداء علم المعاينة لان العلم بالشمس علم معاينة على ان المذكور في الكتاب
قول ابي يوسف رح ومحمد رح حيث قال اذا اخبره من يثق به ولا بد من التواتر عند ابي حنيفة رح ولا شك انه لا
يحصل العلم اذا اخبره من يثق به **قوله** بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به هذا محمول على
قول ابي يوسف ومحمد رح اذ لا بد من التواتر عند ابي حنيفة رض **قوله** ومن شهد انه شهد دفن فلان
او صلى على جنازته فهو معاينة اي من شهد على موت فلان واسند شهادته الى حضور جنازته او دفنه فهو معاينة
وذلك لان معاينة حقيقة الموت متعذر لجواز ان يكون سكتة والطريق اقوى لحصول العلم بالموت الان
كمشاهدة ما يختص بالموتى فكانت هذه الرؤية كمعاينة الموت فلو فسر للقاضي يقبل **قوله** ينبغي اعتبار
التسامع في الولاء وهو قول ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف رح اولا وقول محمد رح مضطرب وقد يشكل الفرق على
قول ابي حنيفة رح بين الولاء والدخول اما على ما ذكر المصنف رح من وجه الاستحسان فظاهر لان تحقق الولاء
بالعتق والعتق يتبدى به ولانه عادة ومبناه على الخفاء فالغالب انه لا يشتهر يشاهده غير واحد كالدخول فيجب
ان يعتبر فيه التسامع لا يتوقف عليه كما في الدخول واما على ما ذكر في الذخيرة من ان المعتبر في التسامع
هو الاشتهار وقوعا وبقاء فلا يخفى ان الدخول لا يشتهر وقوعا كيف وانه لا يوقف عليه وفي الغالب لا يقف عليه
غير واحد فيجب ان لا يحل الشهادة فيها بالتسامع كما لا يحل في الولاء وجوابه ان حقيقة الدخول وان كان يخفى
فالخلوة الصحيحة التي جعلت كالدخول في لزوم المهر والعدة وتاكد المسمى تشتهر وقوعا وبقاء اما وقوعا فلان الناس
يجتمعون لاجل الوليمة يشاهدونه وكذا على ما عليه العادة **قوله** ولا كذلك النسب والنكاح فان قيل
في النسب ايضا لا يحضر الا القابلة قلنا القابلة يحتاج للاعانة بخلاف الموت وفيه نظر لان القابلة انما يحتاج للاعانة
الى النساء دون الرجال فينبغي ان لا يشترط اخبار الرجلين او رجل وامراتين بل يجب ان يكتفي بشهادة النساء **قوله**
لان اهله هو الذي يشتهر فان قلت لا حاجة الى الاشتهار بل يكتفي بشهادة باخبار من يثق به على ما مر في الكتاب
اجيب بانا قد ذكرنا ان التواتر في الاخبار شرط عند ابي حنيفة رض ولا يشترط ذلك عند ابي يوسف ومحمد وشرط
الوقف لا يشتهر عادة فلا يحل الشهادة بالتسامع وهذا التعليل من المصنف خرج على مذهب ابي حنيفة
قوله وكذا اذا عاين الملك بحدوده لانه عرف المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب ذلك الملك الى فلان بن

ولان الفلاني وهو لم يعاين فلانا بوجهه ولا يعرفه بنسبه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لان الجهالة في المشهود
بمنع حل الشهادة كذا في الخلاصة وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع
وكانت هذه شهادة بمعلوم لمعلوم بوصفه لان صاحب الملك ربما يكون امراة لا تخرج فلو اعتبرنا تعرفها بنفسها
لجواز الشهادة بالملك لبطل حقها فسقط اعتبار التعرف واكتفي فيه بالتسامع فاذا سمع ان هذه الضيعة لفلان
وفي يده ووقع في قلبه ان الامر كما سمع حل له ان يشهد لها بالملك كذا في الذخيرة فان قيل يلزم ان يشهد على
ملك المالك بالتسامع ولا يجوز قيل انما لا يجوز اذا كانت الشهادة في حق المال قصدا واما اذا كانت الشهادة بالتسامع
في حق النسب وفي ضمنه ثبوت المال يجوز وهنا كذلك لانه لما صح ان هذا الملك لفلان بن فلان يحصل له العلم
بنسب المالك بالتسامع ويثبت ملكه في ضمنه كذا في الشرح وفيه نظر اما اولا فلما ذكر في الذخيرة في فصل الشهادة
بالمواريث حيث قال واذا شهدوا ان فلانا مات وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا لا يعلمون له وارثا
غيره ولم يدركوا فلانا الميت لا يقبل شهادتهم لا لاجل الخلل في جر الميراث لانهم جروه ولا في النسب والموت من حيث
انهم شهدوا بها بالشهرة والتسامع لان الشهادة بهما جائزة لكن الخلل في شهادتهم بالملك للميت بالشهرة والتسامع فان
ما لا يكون مملوكا للميت لا يصير ميراثا لورثته فاذا لم يدركوا الميت لم يعاينوا سبب الملك منه في الدار ولا كون الدار
في يده يتصرف فيها تصرف الملاك فعلم ان شهادتهما بالملك للميت بحكم الشهرة والتسامع والشهادة في الملك بالشهرة
والتسامع لا يجوز هذا لفظه ووجه الاشكال ظاهر واما ثانيا فلانه لو وقع الدعوى في عقار لا بد ان يشهد الشهود
بالحد عن معاينة صرح بذلك في الذخيرة وما ذكرها من ان المالك ربما يكون المدعا عليه امراة الخ يوجب ان لا يشترط
الشهادة في دعوى العقار عن معاينة لانه ربما يكون المدعا عليه امراة لا تخرج فلو كلفنا اقامة البينة على اليد
عن معاينة لتضرر به المدعي لانه لا يجد شهودا يشهدون عن معاينة بل حالها ان لا تكتفي بالتسامع هنا واشتراط المعاينة ثمة مشكل

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قوله ومادونها الحدود
والقصاص وذلك لان الاصل في الشهادة عدم طوبان شبهة تتخلف عنها جنس الحجة هو الذي يتوقي فيه الحدود
وغيرها الا انها تقبل عند مساس الحاجة في غير الحدود دفعا للحرج كما في الشهادة على الشهادة فان الدعوى فيه
تكثر والحاجة ربما تمس الى الشهادة على الشهادة بخلاف شهادة الاعمى لان العمي نادر وفي ذوي البصر كثرة
قوله ولا يدري متخيرة للتمييز والتجويز بهم امر وجود ببعيل ولا يدري متخيرة اي بدكل واحد من
الزوجين مجتمعة بنفسها غير متفرق في ملك الآخر فكانت الزوجية نظير الاخوة او دونها قوله واذا تارك
للمروة هو الرجل اذا صار ذا مروة وبالفارسية مردمي كردن يعني بموجب عقل رفتن وهنا بحث وذلك لان ارتكاب
الصغيرة لا تقدح في قبول الشهادة فترك المروة اولى ان لا يقدح فيه والجواب لان القياس في مرتكب الصغيرة
هو قبول شهادته غيرانا لم نشترط الاجتناب عنها بالكلية لان ذلك باب العقول لذا الانسان فلما يخلو عن الصغيرة بخلاف
المروة فان الابتلا بتركها ليس كالابتلا بارتكاب الصغيرة على ان ترك المروة انما يقدح في الشهادة الا اذا

ذلك ومن اعتاد الصغيرة يرد شهادته ايضا انما لا يرد اذا وقعت الصغيرة منه احيانا قوله ولا يقبل شهادة
من يظهر سب السلف اي الصحابة فان من سب واحدا منهم لا يجوز شهادته ذهبا لديه قوله بخلاف شهادة
الذمي على المسلم فانه لا يجوز مقصودا حتى لو ادعى مسلم وكالة من نصراني بكل حق له بالكوفة واحضر غريما مسلما
فاقام عليه شهودا نصرانيا لا يقبل لانها شهادة نصراني قامت على مسلم مقصودا ولو احضر نصرانيا قبلت
لكونها حجة على النصراني فاذا قبلت وقضي له بالوكالة كان ذلك قضاء على جميع الغرماء من المسلمين
وغيرهم حتى لو احضر غريما مسلما بعد ذلك وجحد وكالته لم يكلفه القاضي على اقامة البينة عليها لان القاضي
حين قضي بالوكالة على النصراني كان من ضرورته ثبوت الوكالة في جميع من في الكوفة وقد يثبت الشي ضرورة
ولا يثبت مقصودا كذا في الذخيرة وفيه بحث لما ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي عشر من كتاب الدعوى
نصراني مات عن ابنين ثم اسلم احدهما ثم شهد نصرانيان على الميت بدين فانه يستوفي كله من نصيب الابن النصراني
ولا يرجع هو على الآخر المسلم بشي لان الاستحقاق لو رجع عليه بما هو حجة في حقه دون غيره هذا لفظه فلو كانت
شهادة الكافر مقبولة على المسلم ضمنا وضرورة لكان الاستحقاق ولو دل على الابنين على النصراني والميت مقصودا
وعلى المسلم ضرورة كما يصح الوكالة في الغريم النصراني اذ لا دلالة له بالاضافة اليه فان قلت تشكل بما اذا ادعى
مسلم ان فلانا النصراني مات واوصى اليه واحضر غريما مسلما واقام شهودا من النصارى قبلت الشهادة وكذا
لو اقام نصراني بينة من النصارى ان فلانا مات وانه ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره واحضر
غريما مسلما قبلت الشهادة مع انها شهادة الكافر على المسلم مقصودا اجيب بان القياس ان لا يقبل الشهادة
الا انهم استحسنوا لان المسلمين لا يحضرون غالبا موت النصارى والايصا يكون عند الموت غالبا فلو لم يقبل شهادتهم
على المسلم ادى الى تضييع حقوقهم المتعلقة بالموت والايصاء وكذا النسب انما يثبت بالفراش والفراش بالنكاح
ونكاح الذمي لا يحضره المسلمون غالبا فلو لم يقبل لضاع حقوقهم المتعلقة بالنسب الى هذا اشير في الذخيرة
قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد المسالة على وجهين اما ان اقام البينة ان شهود المدعي فسقة
او زناة او اكلوا الربوا وشاربوا الخمر او على اقرارهم ان المدعي مبطل في الدعوى او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور
في هذه الوجوه لا يقبل الشهادة واما ان اقام بينة على جرح فيه ايجاب حق من حقوق الله تعالى او للعبد
نحو ان اقام بينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او انهم شربوا الخمر او انهم سرقوا مني او انهم شركاء في المشهود او على القذف
المدعي انهم استاجرهم على هذه الشهادة قبلت شهادتهم وانما لا يقبل الشهادة على الجرح المجرد لوجوه احدها انها
ونفيها والشهادة على النفي باطلة والثاني ان الشاهد بالشهادة على الجرح المجرد صار فاسقا لانه اظهر الفاحشة
من غير ضرورة وهو حرام بالنص واما قوله عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه محمول على ما اذا كان ضرره يتعدى
الى غيره ولا يمكن دفع الضرر عنه الا بالاعلام ولا ضرورة هنا لان الخصومة يندفع بان يقول ذلك للمدعي او للقاضي
سرا ولا يظهر ذلك في مجلس الحكم بخلاف ما اذا شهدوا انهم زنوا ووصفوا او شربوا الخمر او سرقوا مني لان في

اظهار الفاحشة ضرورة اقامة الحد على المشهود وبخلاف ما اذا شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقة لانهم ما اظهروا
الفاحشة وانما حكوا اظهار الفاحشة من غيرهم ولانه لان القاضي انما يقبل الشهادة على ما يقبل يدخل
تحت الالزام والالزام الجرح ليس في وسعه لان الشهادة يدفعه بالتوبة **قوله** لان لا الدفع بالتوبة
فلا يتحقق الالزام هذا التعليل لا يطرد فيما اذا شهدوا على اقرار شهود المدعي ان المدعي مبطل في هذه الدعوى
او انهم شهدوا بالزور وكذا قوله ولان فيه هتك حرمة المسلم والستر واجب لا يطرد فيما ذكرنا لانهم ما اظهروا الفاحشة
بل حكوا باظهارها من الشهود المذكورة فقال بان اقرار الشخص بالفاحشة حجة عليه فيكون اثبات الاقرار عليه
اظهارا للفاحشة كانهم قال انهم شهود زور لانهم لم يزولوا ذلك قوله لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويشكل هذا بما اذا
شهدوا على اقرار شهود المدعي انهم شهدوا بالزور وانهم اجراء في هذه الشهادة لا يقبل مع ان الاقرار مما يدخل
تحت الحكم الا ان يجاب بان معناه ان اقرار المدعي يدخل تحت الحكم وليس فيه اظهار فاحشة فيقبل الشهادة
عليه بخلاف ما اذا قامت البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور فان فيه اظهار فاحشة ولان اقرارهم لو ثبت
بالبينة ثبت الفاحشة في حقهم لان الفاحشة يثبت باقرارهم اما لا يثبت باقرار المدعي فافترقا **قوله** والاستيجار
وان كان امرا زائدا فلا خصم في اثباته وقد يشكل بانه لو اقام البينة انهم زكاه في المشهود به يقبل ولا يخفى ان
المدعي عليه ليس بخصم في اثبات الشركة وجوابه ظاهر لان المدعا عليه وان لم يكن خصما في اثبات الشركة بوجه الاصالة
فهو خصم في اثباته بالنيابة الجبرية من الشركاء حيث لا يمكن الجرح الا باثبات الشركة فيجعل خصما عن الغايب كما
اذا ادعى عينا في يد آخر بسبب الشراء عن الغايب على ما عرف بخلاف اقامة البينة على انهم اجراء في هذه الشهادة
لانه لا يمكن فيه ان يجعل المدعا عليه خصما في اثباته نيابة عن الشهود لانهم ليسوا بخصم في اثبات هذه الاستيجار
لبطلانه فلا يكون المدعا عليه ايضا خصما في اثباته بالنيابة عنهم فنقول فلا خصم في اثباته في معناه ليس له
خصم اصلا لانه استيجار باطل بخلاف الشركة فان له خصما وهم الشهود حتى لو ادعوا الشركة يصح دعواهم اما
لو ادعوا الاستيجار على ادا الشهادة لا يصح **قوله** ولهذا اي ولان الشهادة على جرح فيه اسحاب
حق من حقوق الشرع او العبد مقبولة قلنا كذا في الحاشية ولا يترتب على هذا **قوله** او زكيل المدعي
لانه ليس بجرح الا ان يفسر الجرح كما يصلح في الشهادة اعم من ان يكون فسقا او ظلما ويحتمل
ان يجعل قوله ولهذا اشارة الى ان ما يدخل تحت الحكم وليس فيه اشاعة فاحشة يقبل عليه
فيترتب عليه قوله او زكيل المدعي قوله قد مضى الجواب الزور

باب الاختلاف

قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع
ويشكل هذا بما لو ادعى عبدا على ذي اليد انه ملكه فشهد واحد انه اقر انه ملك المدعي وشهد آخران ذا اليد
اقر انه اشترى من المدعي يقبل ويقضى بالعبد للمدعي لاتفاقهما على الاقرار بالملك له اذ الاقرار بالشرى اقرار
بالملك له كذا ذكر في الكافية في متفرقات باب الاقرار ولا يخفى انه لا اتفاق بين الشاهدين لفظا بالمعنى المذكور

وجوابه ان المقصود من هذه الشهادة هو الاقرار نفي اليد بالجحد للمدعي دون اثبات المطلق وهما متفقان
على هذا المقصود فكانهما صرحا بالشهادة على الاقرار نفي اليد او الجحد للمدعي فكانا متفقين في اللفظ
بالمعنى المذكور حكما ثم يشكل بان الاقرار بالملك قصدا والاقرار به في ضمن الشراء مختلفان حكما الا يرى انه لو اقر
بعين لانسان ثم استحقه ابوه فمات الاب دون ان المقر يؤمر بالدفع الى المقر له ولو اشتراه فاستحقه ابوه لا يؤمر
بالدفع الى البائع وان صار مقرا بالاقدام على الشراء انه ملك البائع لان الاقرار لم يوجد صريحا بل في ضمن الشراء
فيبطل ببطلان الشراء فاذا كان الاقرار بالملك صريحا والاقرار به في ضمن الشراء مختلفين حكما على هذا
الوجه وجب ان لا يقبل البينة في المسألة المذكورة لاختلاف الشاهدين معنى قوله وذلك يدل على اختلاف
المعنى اي اختلاف اللفظ من غير ترادف يدل على اختلاف المعنى المطابق فلا يرد ان اختلاف اللفظ
لو كان دالا على اختلاف المعنى لزم ان يشترط اتفاق اللفظ بين الشهادة والدعوى ايضا لان الاتفاق
بينهما معنى شرط وذلك لان اختلاف اللفظ انما يدل على اختلاف المعنى المطابقي لا غير والاتفاق معنى
اعم من ان يكون في المعنى المطابقي او غيره فان قلت ما وجه الفرق بين الدعوى والشهادة وبين
الشاهدين من حيث انه يعتبر اتفاق الدعوى والشهادة في المعنى مطلقا ويعتبر اتفاق الشاهدين
في المعنى المطابقي قلت الشاهدان اذا اختلفا واختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى
المطابقي كان على كل واحد من المعنيين شاهد واحد فلا يثبت هو ولا في ضمنه فاما اذا اختلف لفظ
الدعوى والشهادة مع اتفاق الشاهدين في اللفظ يثبت ما ادعاه ضمنا لثبوت متضمنه بكمال النصاب
عليه فيقبل الشهادة **قوله** لان المدعي للكذب شاهد القضاء لان شاهد القضاء لم يشهد بمال واجب
فلا يقبل الشهادة **قوله** هذا اكذاب في غير المشهود به الاول توضيحه ان المدعي كذب احد شاهد به في
القضاء وهو في القضاء مشهود عليه وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة والا ما قبلت
شهادة ما لان كل مشهود عليه يكذب شاهده فان قلت تكذيب المشهود عليه انما لا يمنع القبول الا لم
يشهد له والشاهد بالقضاء شاهد له ايضا فاذا كذبه وفسقه فيما شهد عليه وجب ان لا يقبل شهادته فيما شهد له
اجيب بان التفسيق فيما شهد له انما يثبت مقتضى التكذيب فيما شهد عليه وقد كذب رعاية حق التكذيب
على ما شهد عليه رعاية فسقط اعتباره فيما له ايضا فان قلت ذكر في المبسوط انه اذا شهد على آخر بالف وبانه
قضاها وقال الطالب شهودي صدقة في الشهادة على الالف وواهموا في الشهادة على القضاء
يقبل شهادتهما ولو قال شهادتهما بالالف حق وبالقضاء باطل وزور لا يقبل شهادتهما لانه نسبهما الى
الفسق قلت كانه بناء على ما ذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل الشهادة في كلا الوجهين ايضا
قوله ولان التوفيق ممكن لاعترافهما امكان العوض واعتبر التوفيق بالفعل فيما اذا شهد احدهما
بالالف والاخر بالف وخمسمائة وسكت المدعي الا عن دعوى الالف فشهادة الذي شهد بالزيادة باطلة

ولان الكذب ظاهر فلا بد من التوفيق والوقف وقال اهل حصى كان الفا وخمسماية لكني اسوس خمسماية
او ابراة عنها والحلم وذلك الشاهد ملت لا يدل المكذب بالتوفيق ولم يعتبر امكان التوفيق بل
شرط التوفيق بالفعل في دعوى المال فلان شرط ذلك في دعوى الهداية تحال في رواية ادلي وجوابه ان بعض
العلماء اعتبر التوفيق بالفعل وبعضهم اعتبر الامكان فاعتبر التوفيق بالفعل ههنا على قول البعض واعتبر امكانه
تخريجا على قول الاخرين ويمكن ان يقال التوفيق في مسألة الهدية متام لظهوره فقام التوفيق الفعل وكفى
امكان التوفيق وفي مسألة لفظ المال وذكرهما التوفيق حتى يحتاج الى التوفيق ثم ذكر في الكافي فان قيل الاشتغال
بالتوفيق من كلامي الشاهدين لاحتمال الايجاب للحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة حجة الشرع والاصل في حجج
الشرع قبولها الا انها تتصل بالتوفيق صيانة لحجج الشرع عن التعطيل لا الايجاب الحد ثم اذا دعونا فقبلنا الشهادة بعد
الحد مردودة لا تقبل ابدا هذا كلامه قلت الشهادة انما تصير حجة الشرع اذا اتصل بها ما هو الاسم هنا الا بالتوفيق
فكان التوفيق احتيالا لايجابها بعد ان لم يكن الا صيانة لما هو حجة عن التعطيل بعد صيرورتها حجة فالظاهر ان
يقال الحد ان كان لا يصح الاحتيال في اثباته فلا يسعى في ابطال ما يؤدي الى سد بابه والسعي في التوفيق هاهنا
السعي فيه لئلا ينسد الامر فلما يحاوج عن اختلاف الدوال فلو لم يوفق لادى الى سد باب [illegible] فيها وبابه مفتوح **قوله**
لان المقصود اثبات السبب وهو العقد يختلف باختلاف الثمن فيكون العقد لا يختلف باختلاف الثمن الا يرى
ان الوكيل بالبيع بالف يصح بالفين وان البيع بالف قد يصير بالفين بالزيادة في الثمن والبيع بالفين يصير
بالف بالحط وان المشتري لو كان جارية واختلفا في مقدار الثمن حل للمشتري وطيها ولو كان اختلاف الثمن
موجبا للاختلاف للعقد لما حل كما اذا ادعى احدهما البيع والاخر الهبة ولان اختلاف الشاهدين في مقدار الثمن فلا يمنع
قبول الشهادة لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب احدهما والجواب ان الوكيل بالبيع انما يبيع بالفين لرضا
الموكل به دلالة لانه رضي بالاقل فاولى ان يرضى بالاكثر لا باعتبار ان البيعين واحد واما الحط والزيادة
في البيع فيما للتغيير لان العقد من الابتداء بل يظهر ان الثمن الملتحق بهما باصل العقد فيظهر في الانتهاء ان العقد
بهذا الثمن في الابتداء فليس هذا من قبيل اختلاف الثمن في شيء واما حل الوطي للمشتري عند اختلاف المتعاقدين
في الثمن فلان اختلاف السبب انما يبالي به اذا اختلف حكمهما اما اذا اتحد فلا يعتبر به وحكم البيعين متحد فلا يبالي
باختلاف السبب بعد حصول المقصود بخلاف البيع والهبة فان حكمهما يختلف اذ الملك الثابت بالهبة يحتمل الرجوع
ويتوقف على القبض بخلاف الثابت بالبيع هذا ولكن ذكر في الذخيرة في كتاب الولاء انه اذا اقر الرجل انه مولى
امراة اعتقته وقالت المراة لم اعتقك ولكن اسلمت على يدي ووالتني فهو مولاها لانهما اتفقا على ثبوت
الولاء لها الا انهما اختلفا في سببه والاختلاف في سبب ثبوت الحق لا يمنع ثبوت الحق هذا كلامه فلم يعتبر ههنا باختلاف
السبب مع اختلاف حكمهما فان حكم ولاء الموالاة غير حكم ولاء العتاقة وذلك لان مولى العتاقة مقدم على ذوي
الارحام ومولى الموالاة مؤخر عنهم وولاء الموالاة يقبل الفسخ والتحويل ولا يقبل شيا ذلك ولاء العتاقة **قوله**

والتوفيق لا يثبت بل الاداء يعني ان العقد انما يسقط اعتباره اذا ثبت حكمه وحكم الكتابة هو العتق
وانه لم يثبت بعد فكان العقد مقصودا بالاثبات نعم يشكل بان الكتابة غير لازمة في حق العبد لتمكنه من رفعها بالتعجيز
وما يتمكن الاخر من رفعه لا يدخل تحت القضاء كالفسق لما كان مما يمكن رفعه بالتوبة لا يدخل تحته **قوله** وان
كان المدعي هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اعتبر دعوى المرتهن دعوى الدين دون العقد مع انه ربما يحتاج الى
اثبات الرهن ايضا ولم يعتبر دعوى المولى الكتابة على العبد دعوى العقد دون الدين مع ان مقصود المولى
هو المال ووجه الفرق والله اعلم ان الدين في الكتابة تابع للعقد وفي الرهن متبوع اذ الرهن شرع على الدين
حقيقة او حكما والترتيب بعد ذلك ظاهر فليتامل ثم يشكل بما اذا ادعى محلا ثبوت او خيار البائع لان مقصوده اي
غرض المشتري عليه حلف ان اشتريته باثني عشر ثم اشتراه بثلثة عشر يحنث في يمينه وكان ينبغي ان لا يحنث
لان شرط الحنث الشرا باثني عشر والشرا بثلثة عشر غيره اذ العقد يختلف باختلاف الثمن وجوابه ان الحالف
وان ذكر الشرا فالمراد عرفا هو التزام اثني عشر درهما بهذا الشرا كانه قال ان التزمت اثني عشر درهما بشرا هذا الثوب
فعبدي حر ولما اشتراه بثلثة عشر فقد التزم بشراه اثني عشر وزيادة والزيادة على شرط الحنث لا يمنع الحنث فان
قلت سلمنا انه لا بد من التزام اثني عشر بهذا الشرا الا انه ذكر الالتزام ذلك بمقابلة كل الثوب فلما اشتراه
بثلثة عشر فقد التزمه بمقابلة اثني عشر درهما الا اثني عشر جزءا من الثوب فلم يوجد الشرط قلنا اجاب عنه في الذخيرة
بالمنع وقال ان المشتري التزم اثني عشر بازاء الثوب لانه قابل ثلثة عشر بازاء الثوب والثوب اسم للكل
فيصير كل جزء من ثلثة عشر جزءا مقابلا بجميع الثوب والدليل عليه ان البائع اذا حط نصف الثمن يبقى الباقي ثمنا
للكل ولو كان كل جزء مقابلا بالبعض بقي النصف حال الباقي الثمن وانه خلاف الاستحقاق يحمل بعض
الثمن بمقابلة المبيع مع ان قضية العقد ان يكون كل جزء بمقابلة الجملة لئلا يلزم المشتري جميع الثمن بازاء بعض
الثوب وهو لم يرض به واما في غير الاستحقاق فلا ضرورة فيبقى كل جزء بمقابلة الجميع اذا ثبت هذا يكون المشتري
ملتزما عشر الدراهم الاثني عشر بمقابلة الجميع فيتحقق شرط الحنث ويشكل هذا بخلاف ما صرح المصنف به في باب الخلع
من قوله اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالالف
فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض هذا
كلامه وصورة الحط لا تصلح دليلا لما عرف من مذهبنا ان الحط يلتحق باصل العقد ويصير كان العقد وقع بما بقي من
الابتداء فلا يبقى شيء من المبيع عن العوض على تقدير انقسام الثمن وهو ظاهر ثم الاجاب بان من امتنع عن
التزام الاقل بمقابلة الكل فهو اشد امتناعا عن التزام الاكثر بمقابلته وكان الزيادة مذكورة في الكلام دلالة لان
الزيادة في اليمين بمجرد القصد والعرف لا يجوز الا ترى ان المشتري لو قال علي حلف ان اشتريته باثني عشر درهما
فاشتراه باحد عشر ودينار او ما يساوي ثمنه درهم لو ذكر لا يحنث في يمينه مع ان عوض الحالف عرفا ان لا يلتزم اثني عشر
درهما لا نفس الشرا **قوله** ويثبت دعوى اقل المالين او الاكثر هما في الصحيح فان قبل الدعوى

العتق

المبيع

في المال ليس كذلك فان من ادعي الفا وشهد احد الشاهدين بالالف والاخر بالف وخمسماية
لا يقبل بالاتفاق اما اذا ادعي الاكثر والمسلة بحالها يقبل وما نحن فيه دعوي المال فكيف يتوقي
الاقل والاكثر قبل البينة في صورة دعوي الاقل انما يقبل التكذيب المدعي شاهد الاكثر والتكذيب منه
انما يثبت بمقتضي دعواه الاقل وفي مسلتنا دعوي المال غير ثابت صحي لان المال تابع في النكاح والمقصود
هو الاصل دون التبع فيمكنت الشبهة في دعوي الاقل ومن ضرورة تمكنها فيه تمكنها في التكذيب لثبوته
بمقتضاه والتكذيب لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك وبعبارة اخرى لان دعوي الاقل فيما نحن فيه
كالسكوت عنه من حيث انه غير مقصود فلا يثبت تكذيب الشهود فيقبل البينة ويستوي فيه الاقل
والاكثر بخلاف ما اذا شهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الالف لان المقصود هناك
بالدعوي المال فيثبت التكذيب بثبوت مقتضيه وهو دعوي الاقل فلا يقبل البينة فصل في الشهادة
فلا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له وهذا بالاجماع لكن علي اختلاف التخريج فعند ابي يوسف رح يجب انه لا
يقبل بالجر وعندهما لان المدعي اثبت لموروثه يدا في الحال لان يد المودع والمستعير يد المودع والمعير فكانه شهد انه
مات والدار في يده ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هذا قوله واصله انه متي يثبت ملك الموروث لا يقضي
للوارث حتي يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له قلت هذا اذا اثبت ملك الموروث باقامة البينة علي انه كان
ملكه اما لو اثبت باقامتها علي اقرار المدعي عليه انه كان للميت او ادعي ان الموروث اشتراها من ذي اليد فانه
لا يكلف اقامة البينة علي جر الميراث ووجه الفرق انهم اذا شهدوا بانه كان لابيه فالملك انما يثبت يوم
الموت باستصحاب الحال وهو يصلح للابقاء ما كان لا للاثبات والحاجة الي اثبات ملك الوارث فلا يثبت
بالاستصحاب بخلاف مسلة الاقرار لان الملك الثابت للوارث هناك مضاف الي الاقرار لا الي بقاء ملكه يوم
الموت الثابت بالاستصحاب والاقرار ثابت بالبينة والثابت بها يصلح للاثبات فاما ملك الوارث فيما
اذا شهدوا انه كان لابيه فمضاف الي كونه ملكا للاب يوم الموت لا الي الموت الثابت معاينة وكونه لابيه
يوم الموت بالاستصحاب وانه لا يصلح للاثبات اما اذا شهدوا ان الموروث اشتراه من ذي اليد فانما لا يحتاج
فيه الي الجر لانه لما اقام البينة علي الشرا وكل بايع مقر بالملك لمشتريه فكانه اقامها علي اقرار ذي اليد
بالملك لموروثه وفي الشهادة علي الاقرار لا يحتاج الي الجر فلذا هنا كذا في الذخيرة قوله ومما يقولان
ان ملك الوارث متجدد في حق العين اي في احكام يرجع الي العين وانما قيد به لان ملك الوارث في حقه
هو عين ملك المورث حتي يرد بالعيب علي بايع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشري المورث وذلك
لان الوارث خليفة الميت بالولاية التي له عليه فيكون ملكه متجددا في حق احكام يرجع الي العين كالاستبرا
وحل التناول للغني وكون عين ملك المورث في حق احكام يرجع الي الوارث كولاية الرد بالعيب وكونه مغرورا
بشرا المورث هذا هو الاصل في اعتبار ملك الوارث في بعض الاحكام متجددا وفي بعضها غير متجدد فان قلت اذا برهن

لان هذا

ان هذا العين كان ملكا له يقضي به وان لم يشهدوا انه له في الحال وكذا اذا ادعي عينا في يد انسان انه اشتراه
من فلان الغايب واقام البينة علي الشرا ولا علي ملك البايع وانكره ذو اليد فشهدوا انه كان ملكا للبايع
يقضي للمشتري وان لم ينصوا علي انه كان له يوم البيع لثبوته اقتضاء فيجب ان يكون هنا كذلك قلت ومما يقولان
ان كون العين ملكا للميت يوم الموت ثابت باستصحاب الحال دون البينة والثابت حجة للابقا لا للاثبات
والملكية للوارث لم يكن ثابتا وانما يثبت للحال فكان ملكا متجددا من وجه فباعتبار ان كان
يجب القضا بهذه البينة فباعتبار الاخر لا يجب فلا يجب بالشك بخلاف ما اذا شهدوا انها كانت للمدعي
وهو حي اذ ليس في القضا بتلك البينة اثبات امر لم يكن لان ملك المدعي اذا ثبت في الماضي بقي
الي وقت الخبر والاستصحاب حجة فيه اما هنا فهو لا يصلح لاثبات المالكية للوارث لانها لم يكن ثابتة بخلاف
مسلة الشري فان ثبوت الملك للمشتري مضاف الي الشري الثابت بالبينة لا الي بقاء ملك البايع ولان كان
لا بد منه لاثبات ملك المشتري لان الشري لا يخرج وجودا وانه موضوع للملك حتي لا يتحقق من غير ايجاب الملك
فيكون مضافا الي الشرا وانه ثابت بالبينة اما هنا ثبوت الملك للوارث مضاف الي كون المال ملكا للميت وقت
الموت لا الي الموت الثابت معاينة لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل لابطال الحيوة وبقاء ملك
الميت فيما نحن فيه بالاستصحاب وهو لا يصلح للاثبات فان قلت الشفيع اذا ادعي علي ملك الدار التي يشفع
بها وشهدوا انها كانت ملكا له وقت الشفعة فلو كان الثبوت الملك للحال في مثل هذه الصورة بالاستصحاب
لوجب ان لا يثبت الشفعة به كما لا يثبت بظاهر اليد اجيب بان حق الشفعة من ثمرات الملك فمتي ثبت
الملك بالدليل يثبت حق الشفعة ايضا مضافا الي ما بعد البيع لان سبب استحقاق الشفعة هو الاتصال بالملك
ولكن مضافا الي ما بعد البيع ثم الملك يبقي بالاستصحاب فكذا حق الشفعة والاستصحاب حجة للبقا لانه لم يكن
للابتدا فثبوت حق الشفعة فيما اذا شهدوا انه كان ملكا للشفيع من قبيل البقا دون الابتداء وفيه نظر لان حق
الشفعة لو ثبت بمجرد الاتصال لصح تسليمه الي المشتري قبل البيع وليس كذلك فعلم انه ثبت مقتصرا علي
ما بعد البيع اما بالبيع كما اشير اليه في المبسوط او السبب هو البيع مع الاتصال كما ذكر في الذخيرة او الاتصال بشرط
البيع فقبله ليس بسبب اصلا فيكون حق الشفعة من قبيل الابتدا دون البقا ثم الامام فخر الاسلام رح اشار
في البزدوي الي ان الملك الثابت للحال فيما اذا شهدوا انه كان ملكا للمدعي ثابت بدليل يوجب البقا كثبوت الطهارة
بالوضوء والملك بالشرا لا بالاستصحاب حيث قال واما الاحتجاج باستصحاب الحال فصحيح عند الشافعي رح وعندنا
لا يكون حجة للايجاب لكنها حجة للدفع واحتج اي الشافعي رح باجماعهم علي ان من تيقن بالوضوء لم يلزمه وضوء
اخر وان شك في الحدث ولو ثبت ملك الشفيع باقرار المشتري انه كان له وانه اشتراه من فلان وفلان كان
يملكه وجب الشفعة وانما يبقي ملكه لعدم ما يزيله ومع ذلك صلح حجة موجبة وكذلك اذا شهد الشهود للمدعي بان
هذا الشي كان ملكا له صار حجة موجبة ولنا ان الدليل الموجب لحكم لا يوجب بقاءه الي انه قال واما حكم

الطهارة والملك بالشراء والبيع ذلك وهي مسئلة الشهادة فلا يشبه هذا الباب وذلك من جنس
ما بقي مثله لان حكم الشراء الملك المؤبد الي آخره ما قال فعد الحق مسئلة الشهادة بمسئلة الطهارة وفيه
اشارة الي ان الشهود لم يثبتوا الملك المؤبد كما في الشراء وكان ملك الميت ثابتا يوم الموت بشهادتهم انه كان
ملكا له لا بالاستصحاب فينبغي ان لا يحتاج الي الجر الا ان يقال ملك الوارث متجدد علي ما مر فلا يثبت الا
بالنقل غير ان شهادتهم علي ملك المورث وقت الموت في معني شهادتهم علي الجر في افادة معني الانتقال
الي الوارث وفيما اذا شهدوا انه كان ملكا له ان كان يثبت الملك وقت الموت بهذه الشهادة لا بالاستصحاب
كما وقعت اليه الاشارة في البزدوي فلا شك ان بقاء الملك بالدليل ليس كثبوته ابتداء اذ الثبوت لا يحتمل النقض
والبقاء يحتمله فكان بقاء الملك وقت الموت بالدليل لا بد من الشهادة علي الجر في افادة معني الانتقال الي
الوارث فلا ينوب عنه لا الادني لا ينوب عن الاعلي كالقبض المضمون لا ينوب عنه قبض الامانة فلما لم يثبت
بقاء الملك لكونه محتملا عن الشهادة علي الجر لا بد من الجر لثبوت ملك الوارث هذا والكلام بعد محل تامل ونظر
قوله ويحل للوارث الغني ما كان صدقة علي المورث الفقير تملك هذا الاصل دليل علي تجدد
ملك الوارث لما ان الحرام علي الغني هو اخذ الصدقة لا الصدقة بعينها الا يري ان ابن السبيل اذا وصل الي وطنه
والفقير اذا استغني وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما واشار المصنف رح الي وجه المسئلة
في آخر كتاب المكاتب بقوله الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به والاخذ لم
يوجد من الغني ففي مسئلة الوارثة لو لم نقل بتجدد الملك لحلت الصدقة للوارث الغني ايضا لعدم
الاخذ منه فهو ليس بادني حالا من الفقير الآخذ اذا استغني فلما حل للآخذ عند تغير حاله من الفقر
الي الغني فلان يحل لغير الآخذ اولي وكذا للوارث الغني ليس بادني حالا من مولا المكاتب
فان المكاتب اذا عجز قبل الاداء الي المولي وفي يديه من الصدقات يحل للمولي الغني تلك الصدقات
عند ابي يوسف رح ايضا مع ان الملك لا يتبدل بالعجز بل يتقرر ملك المولي عنه وعلله في الكتاب بما ذكرنا انه
الخبث في نفس الصدقة الي آخره فعلم ان تجدد الملك لا اشترط لحل الصدقة علي الغني عند ابي يوسف
رح فلا ينتهض حل الصدقة علي الوارث الغني دليلا علي تجدد ملكه ولا يكون ذلك الزاما علي ابي
يوسف رح بوجه وفي الحاشية فان قيل الاستدلال غير صحيح لان الفقير لما ملك الصدقة يحل للغني اكلها ولهذا
لو اباح للغني يجوز قلنا الصرف للغني لا يجوز علي حكم ملكه وانما يجوز الاكل بالاباحة باعتبار الاباحة
لا باعتبار الملك ثم لفظها قلنا بل الصرف للغني يجوز علي حكم ملكه ايضا اذا لم يوجد الاخذ منه كالفقير
اذا استغني وابن السبيل اذا وصل الي وطنه يطيب لهما ما بقي في ايديهما من الصدقات وايضا كما
ادي المكاتب من الصدقات الي مولاه ثم عجز فهو طيب للمولي لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولي

موضاعن العتق وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله علي ملك المبيح ونظيره
المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب هذا لفظه وبهذا صرح الشارح هناك نقلا عن
قاضيخان والامام المحبوبي رح حيث قال الفقير اذا اباح للغني او هاشمي ما اخذ من مال الزكوة من
الطعام لا يحل لان الملك لم يتبدل الي هنا كلامه والله اعلم **قوله** لثبوت الانتقال ضرورة وقد
يناقش في دعوي الضرورة بامكان ان يكون ملكا للمورث وقت الموت ولا ينتقل الي الوارث وذلك بان
باع بشرط الخيار او شرط الخيار للبايع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلما مات بطل الخيار ودخل المبيع في ملك
المشتري نعم لو قال لثبوت الانتقال ظاهرا وغالبا لكان صحيحا فكانه سمي اللازم الغالب ضروريا لانه في
حكم الضروري في احكام الشرع **قوله** والامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان مات المودع من غير بيان
الوديعة وذلك لانه لما مات بلا بيان فقد ترك الحفظ والمودع اذا ترك الحفظ كان متعديا والتعدي
موجب للضمان ثم لما صار المودع ضامنا صار المضمون ملكا له فثبت ان الشهادة علي اليد عند الموت
شهادة بالملك عنده والملك الثابت عنده ينتقل الي الوارث ضرورة فاستغني عن الجر الي هذا
اشار الامام قاضيخان رح وغيره كذا في الشرح وذكر الشارح في باب غصب العبد والمدبر من
كتاب الجنايات عند قوله ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل فمات في يده من القطع فعليه
قيمته اقطع ما يخالف المذكور هنا حيث قال وذكر الامام قاضيخان هذه المسئلة ثم قال وعلل بعضهم
بان الغصب من اسباب الملك فاذا تخلله بين الجناية والسراية ينقطع السراية كما لو تخلل بينهما
بيع فصار كانه غصب عبدا اقطع ومات عنده لا من القطع ثم قال الا ان هذا يخالف مذهبنا
فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل علي الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية انما ينقطع
باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك اذا ملك البدل علي الغاصب بقضاء او رضاء الا ترى انه لا نص
عليه في آخر هذا الجامع الي هنا لفظه فعلم ان مجرد صيرورته ضامنا لا يصير المضمون ملكا له ما لم يرد
الضمان بقضاء او رضاء واليه اشار في الكافي ايضا في كتاب الصلح حيث قال ان المغصوب بعد
الهلاك باق علي ملك المغصوب منه ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة بدليل انه لو اختار ترك
التضمين بقي العبد الهالك علي ملكه حتي يكون الكفن عليه فظهر بهذه الروايات ان الشهادة علي
ثبوت يده عند الموت ليست شهادة علي الملك فينبغي ان يشترط الجر ولا يكتفي بهذه الشهادة نعم
بعض المشايخ قالوا ان المغصوب يملكه الغاصب ملكا غير متقرر الا ان التقرر عند الضمان فامكن
ان يحمل ما ذكر هنا من ان المودع يصير مالكا للوديعة بالتجهيل علي قول هؤلاء الا انهم ذكروا المسئلة
من غير خلاف فلا بد من علة جامعة ثم هنا بحث وذلك لان الامانة انما تصير مضمونة بالتجهيل اذا

حصلت في يده بايداع اما اذا حصلت من غير ايداع احد كما لو هبت الريح بثوب انسان
فالقته في دار غيره فانه لا يضمن لو مات مجهلا صرح به في الذخيرة وذلك لان التجهيل انما صار سببا
للضمان لانه ترك للحفظ الواجب عليه كما في الوديعة وهنا ما علي الوديعة ليس فيه ترك ولا حفظ
يجب علي من وقع المال في يده من غير ايداع حتي انه لو دل انسانا عليه فسرقه لا يضمن فلهذا
لا يضمن بالتجهيل واذا كان كذلك فالشهادة علي انها كانت في يد فلان مات وهي في يديه
يجب ان لا يبقي عن حق الملك لان اليد ربما كانت يد امانة لا يصير مضمونة عليه بالتجهيل فلا
يكون في معني الشهادة علي الملك وقت الموت كما ذكر في الكتاب من ان الايدي ينقلب
عند الموت الي يد ملك بواسطة الضمان وذكر في الذخيرة ان الشهادة باليد يوم الموت شهادة
بالملك لان اليد المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت والظاهر من حال من حضره الموت ان يبين اسبابه ويبين
ما كان عنده من الودايع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه وروي الحسن بن
زياد انه لا يقبل هذه الشهادة الا انهم شهدوا بما يعرف القاضي فزوالها هذا اللفظ قلت الظاهر
لا يكفي للاستحقاق والحاجة هنا الي استحقاق الوارث **قوله** وجه الظاهر وهو قولهما اي قول ابي
حنيفة ومحمد رح وفي الفصل الثاني عشر من كتاب دعوى الذخيرة في المنقا قال هشام سألت
محمدا عن نهر لاهل قرى لا يحصون حبسه من هو في اعلى النهر عن الاسفلين وقالوا هو لنا وفي
ايدينا وقال الذي في اسفل النهر هو لنا كله قال اذا كان النهر يجري الي الاسفلين يوم يختصمون
ترك علي حاله وان كان منقطعا يومئذ لكن علم انه كان يجري الي الاسفلين فيما مضى وان اهل
الاعلى حبسوا عنهم او اقام اهل الاسفل بينة ان النهر كان يجري اليهم وان اهل الاعلى
حبسوا عنهم امر اهل الاعلى بازالة الحبس عنهم وهذه المسألة دليل علي ان الشهادة علي يد منقضية
صحيحة عند محمد رح هذا كلامه **قوله** لان الشهادة قامت بمجهول ذكر في الذخيرة لان يد المدعى عليه ثابتة
بيقين ولم يثبت ببينة المدعي ما يوجب نقضها وهو الاخذ منه لانه ليس في الشهادة ولا بمقتضاها
حيث لم يثبت كونها في يده امس مثلا بهذه الشهادة لان المشهود به لا يثبت الا بالقضاء ولا
يمكنه القضاء لان كونه في يده يحتمل ان يكون بحق وان يكون بغير حق وعلي الاول يجوز القضاء
وعلي الثاني لا يجوز فلا يجوز بالشك ولان قبول الشهادة علي امر في الماضي باعتبار ما عرف ثبوته في
الحال والحكم ببقائه باعتبار استصحاب الحال وذلك في ما لا يتيقن بزواله وقد يتيقن القاضي بزوال
اليد فلا يقضي به فلا يثبت الاخذ لعدم ثبوت اليد **قوله** وهي متنوعة الي ملك وامانة فتشكل
بما اذا تنازع رجلان في دار كل يدعي انها له وفي يده فاقاما البينة انها كانت في ايديهما يقضي

ولان صح

لا انقلاب هذه شهادة علي خلاف الظاهر في حكم
الملك

باليد لهما بخلاف الحالة التي ذكرت فالاولى في التعليل هو ما ذكرنا من الذخيرة لان قبول الشهادة باعتبار ما عرف
ثبوته في الحال وذلك فيما لا يتيقن بزواله كما في مسألة التنازع وقد يتيقن القاضي بزوال اليد هنا فلا يقضي
به وغاية ما يتكلف هنا ان يقال ان اليد من حيث المتنوع مجهولة ومن حيث ان الاصل هو يد الملك معلومة
فمن احتج الي اعادة اليد الزايلة بيقين ونقض الثابتة بيقين لا يقضي به ومتى لم يتيقن بزوالها كما في
مسألة التنازع يقضي به عملا بالاعتبارين

باب الشهادة علي الشهادة

قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لازمة لشاهد الاصل وليست بحق
للمشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها ولا الاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية كذا في الشرح
وفيه نظر لما صرح به الشارح بعد هذا ان بدلية شهادة الفرع يجب المشهود به لا بحسب شهادة الاصول
حتى يجوز الجمع بين شاهد الاصل وشاهد الفرع فلو كانت البدلية في اصل الحجة لما ظهرت مع الاصل
فلا يكون هذا من باب النيابة في العبادة توضيحه ان النيابة انما يلزم لو كان شاهد الفرع نايبا عن شاهد
الاصل بمعنى انه ينوب شهادة الفرع عن شهادة الاصل كما ينوب المسح عن الغسل وليس كذلك لان الفرع
يشهد علي الحق المدعي فكيف ينوب الشهادة علي الشهادة عن الشهادة علي الحق لان كل
واحد منهما يثبت حكما غير ما يثبته الاخر ومن شرط النيابة ان يكون النايب مثبتا لعين ما يثبته الاصل
بل شاهد الفرع كالنايب عن الاصل بمعنى انه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل فعلم ان الشهادة علي
الشهادة ليست من باب النيابة التي لا تجري في العبادات في شيء اللهم الا ان يقال بان
النيابة ان لم يكن هنا حقيقة فلا اقل من الشبهة وهي ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه والعبادات
مما يحتاط فيها فيحترز فيها عن شبهة النيابة كما يحترز عن حقيقتها والاولى في وجه القياس هو ان
الاخبار اذا تداولته الالسنة يمكن فيها زيادة ونقصان **قوله** من حيث البدلية اي شبهة البدلية
من حيث انه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل لا من حيث البدلية بحسب المشهود به لانه يجب
شهادة الاصول فلا يرد ما قيل ان القاضي يقضي بشهادة شاهد اصل وبشهادة شاهدين علي شاهد اخر
ولا يجوز مكمل الاصل بالبدل ويجوز القضاء بذلك مع القدرة علي شهادة الاصول **قوله** وهذا اي
اشتراط التحميل ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع من وجه والاصول من وجه ولا
معنى للاضافة للقضاء الي شهادة الاصول ولو من وجه الا بعد ان يوجد التحميل منهم لم يكن لهم شيخ في
هذا النقل فلم يكن الاضافة اليهم وجه **قوله** فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وقد قيل ذكر في آخر
الهداية لان في القصاص معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهات كساير المعاوضات
التي هي حق العبد واما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر ليست فيها معنى العوضية
فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة الا يرى انهم لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا

ولا

بالقتل المطلق لو از بطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد التنبيه اي المفرج بالجهد وجوابه
ان القصاص يتضمن حق العبد وحق الشرع فحق العبد يقتضي ان يثبت مع الشبهة سواء كانت
الشبهة بالنظر الى نفس الحجة كشهادة النسا والشهادة على الشهادة او بالنظر الى البيان كالكناية
بطلق القتل فان فيه شبهة باعتبار ترك الاستقصاء في البيان وحق الشرع يقتضي ان لا يثبت
مع الشبهة اصلا فقلنا انه لا يثبت بشبهة ثابتة بالنظر الى نفس الحجة اعتبارا لحق الشرع ويثبت
بشبهة ثابتة بالنظر الى البيان رعاية لحق العبد ولم يعكس لانه لو اعتبر الشبهة الثابتة في البيان
مع خلو الحجة عنها لكان ذلك احتيالا في درء القصاص ح لم يكن بل من اعتبار الشبهة الكائنة في نفس
الحجة الا ما يحتال في درئه مع ثبوته بالنظر الى نفس الحجة فيراد به ان لا يثبت ابتداء بشبهة في الحجة **قوله**
لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل وقد يقال ربما ينوب عن غيره عند مساس الحاجة اليه بلا انابة منه
بل بانابة الشرع الحيا للحق كالحاضر ينوب عن الغائب فيما اذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر
فانابة الشرع احيا لحق المدعي والحاجة ماسة اليه الا ان ما هنا احترازا عن اتوا الحقوق كما يجب ان يجعل
نائبا عنه بلا انابة وايضا قد ذكر الشارح انه لو سمع شاهدا يشهد في مجلس القضا جاز له ان يشهد على شهادته
وان لم يشهد عليه فلو كان وجوب الاشهاد انما هو على انه نائب لوجب مطلقا **قوله** ولان لم يقل اشهد في
على نفسه يعني ان ما ذكر من قوله واشهدني على نفسه وقع اتفاقا وانه ليس بشرط **قوله**
الا ان يموت شهود وعن ابي يوسف الاصل الخ قلت وحسبه الولي الاصل ملحق بالمرض فلذا لم يكل
الحصر **قوله** وعن ابي يوسف رح الخ وكثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وروي عن محمد رح انه يجوز
كيف ما كان حتى لو كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية اخرى منه يقبل **قوله**
جاز لانهم من اهل التزكية وعن ابي يوسف ومحمد رح لا يجوز لان الفرع نائب عن الاصل فتعديل
الاصل كتعديل الاصل نفسه **قوله** ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي ظاهره يشعر بان
الاشارة الى المدعي والمدعى عليه وقت الشهادة عند الفرع شرط وليس كذلك لما سيأتي في
مسئلة واذا اشهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم
وقال الاخران انهما يعرفانها الخ **قوله** ونظيرها اذا تحملوا الشهادة مع محدوده بذكر حدوده وشهدوا
على المشتري لا بد من اخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه صورة المسئلة اذا ادعى
الشفيع على المشتري ان فلانا باع منك محدودة حدودها كذا وهي في يدك وانا شفيعها فشهد
الشهود ان فلانا باع من المشتري ضيعة حدودها كذا وانكر المشتري كونها في يده وذكر في الحاشية
في صورة المسئلة هو البايع وهو باطل لان دعوى الثمن لا يفتقر الى اقامة البينة على ان المبيع
في يده لانه لا يحتاج الى كونه في يد المشتري فضلا عن اقامة البينة على ذلك الا هذا اشار الشارح
حيث قال ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى يظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع المحدود
في يدي المشتري اما لو كان المدعي هو البايع فلا حاجة الى كون المبيع في يدي المشتري لان للبايع ولاية
مطالبة الثمن من المشتري سواء كان المبيع في يدي البايع او في يدي المشتري هذا لفظه **قوله**
وفائدته اي فائدة ايراد رواية الجامع ان شاهدا الزور في حق ما ذكرنا ان الحكم هو المقر على نفسه بذلك
هذا الحصر بالنسبة الى البينة يعني لا يثبت كذبهم بها بدليل قوله فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة
والا فقد يثبت ذلك بطريق اخر وهو ان يشهد بقتل رجل فيجي المشهود عليه بقتله حيا ولم يدع هو ميراثه او غلطا
والله اعلم

باب الرجوع عن الشهادة

قوله لم ينفسخ الحكم ولان كان حاله عند الرجوع افضل
منه عند الشهادة وكان ابو حنيفة يقول اولا ان كان حاله افضل عند الرجوع ينقض الحكم ويرد المال الى
المشهود عليه والا لا ثم رجع قوله ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول هذا انما يتاتى اذا كان حاله
عند الرجوع مثله عند الشهادة او دونه اما اذا كان افضل فالمماثلة ممنوعة فالاظهر هنا ان يقال لان الرجوع
اقرار على نفسه بانه استهلك على المشهود عليه ماله بغير حق وصار متوجبا للتعزير والضمان وعلى غيره حيث
يقول ان القاضي قضى بغير حق وان المشهود له اخذ ماله بغير حق والاقرار على نفسه صحيح ولئن كان المقر
فاسقا وعلى غيره لا يصح وان كان عدلا فصار في حق القاضي رجوعه وعدم رجوعه بمنزلة **قوله**
ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحكم لانه فسخ الشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القضا
فان قيل الرجوع اقرار بضمان المال على نفسه بالاتلاف والاقرار به لا يختص بمجلس القاضي
قلنا ما كان شرطا في البقاء كالمبيع وجوده شرط لصحة البيع وبقاؤه شرط لصحة الفسخ وكذا مجلس
القضاء شرط لصحة الشهادة فيكون شرطا لفسخها كذا في الشرح والاظهر ان يقال سلمنا ان الرجوع من
حيث انه اقرار بضمان المال غير مختص بمجلس القضاء ولكن الاقرار بسبب الضمان لا يفيد بدون فسخ
الشهادة لان الاستحقاق بالحجة يبقى ببقاء الشهادة فالمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان
يمتنع فلذلك لا يضمنون ما لم يرجعوا بمجلس القضاء اذ لا يتصور الفسخ الا فيه ثم **قوله** ما كان
شرطا في الابتداء يكون شرطا في البقاء بعمومه ينافض قولهم الابتداء اسهل من الابتداء اسهل من البقاء يعني يشترط للابتداء
كالشهود في باب النكاح فكانه اراد شرطا يرجع الى المحلية وما يرجع الى المحلية فالابتداء والبقاء سواء
كالمحرمية في باب النكاح ومجلس القاضي للشهادة كوجود المبيع للبيع والحل النكاح فيستوي
فيه الابتداء والبقاء وتحقيق ذلك ان الشهادة حجة ضرورية يصار اليه لضرورة **فصل** الخصومة ولا
فصل الا في المجلس القضاء فلا تعتبر الشهادة موجودا الا في مجلسه ومتى لم يكن لها وجود الا في مجلس القضاء
لا يتصور فسخه الا فيه ضرورة لان الفسخ يستدعي سبق الوجود ولا وجود للشهادة الا فيه ومتى لم ينفسخ

الشهادة بالرجوع في غير مجلس القضاء لم يوجد ما اقر على نفسه من الاتلاف بالرجوع في غيره ضرورة بقاء
الحق بقاء الحجة فما ذكره الشارح لا يقلع الاشكال الا يرده الى ما ذكرنا **قوله** وضمنه المال اشارة
الى ان البينة انما يسمع اذا ادعى الرجوع عند قاض وحكم عليه بالرجوع ايضا وهكذا ذكر شيخ الاسلام
لان الرجوع فسخ الشهادة والشهادة لا توجب الحكم قبل اتصال القضاء به فكذا فسخها فاذا ادعى الرجوع
عند القاضي ولم يدع حكمه بالرجوع فقد ادعى رجوعا غير موجب للضمان فلا يسمع البينة عليه كما لو
ادعى الرجوع عند غير القاضي وذكر في بعض المواضع انه يسمع البينة اذا ادعى الرجوع عند القاضي
وان لم يدع حكمه وهو يحقق الاختلاف في اشتراط القضاء لصحة الرجوع **قوله** وانما يضمنان اذا قبض
المال دينا كان او عينا هذا ذكر الشيخ الامام السرخسي رح في شرحه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه ان كان
عينا فله ان يضمن الشاهد قبض المشهود له العين او لم يقبض وان كان دينا فليس له ان يضمنه قبل
ان يتوفيه المشهود له ذلك منه لان ضمان الاتلاف مقيد بالمثل ومتى كان عينا فالشهود ازالوه عن
ملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازال العين عن ملكهما باخذ الضمان منهما لا ينتفي المماثلة اما اذا كان
دينا فهم ما ازالوا عينا عن ملكه بل اوجبوا دينا بغير حق فلو استوفينا الضمان من الشهود قبل ان يتوفى
المشهود له ذلك ينتفي المماثلة لان المستوفي يكون عينا وهو خير من الدين قوله لان الاتلاف به يتحقق
اي الاتلاف بلا دفعة انما يتحقق بالقبض وقبله ان كان يتحقق الاتلاف من حيث ازالة ملكه
عن الرقبة فلا يتحقق من حيث تفويت اليد فلو اخذنا الضمان قبل القبض لكان العين عن
الشاهد بلا دفعة وهو ما فوت العين من يد المشهود عليه بشهادته بعد فلا يبقى المماثلة وهي شرط
في ضمان العدوان ثم يشكل بما اذا غصب المدبر وابق من غاصبه فانه يؤخذ منه الضمان وفيه تفويت
العين عن ملكه بلا دفعة وهو ما فوت من المالك الا اليد اذا المدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك
فكما يوجد الضمان بتفويت اليد هناك فليوجد بتفويت الملك هنا بل اليد الا ان يقال اليد مقصود دون
الملك فانه تفويت اليد مقام تفويت الكل والملك نفسه ليس بمقصود فلا يكون تفويته كتفويت
الكل ومما ذكر في الكافي من ان في الاعيان لا يثبت الملك للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك
باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون لانهم الشاهدين شيئا ما لم يصح المال عن يده فيصح لما عرف
ان تكذيب القاضي للمقضي عليه بالقضاء يبطل زعمه ويلحقه بالعدم حتى يرجع على بائعه بالثمن وان كان
المبيع في ملكه بزعم المقضي عليه وله ان يرد بالعيب بعد ما رد عليه بالقضاء **قوله** والمتلف متى استحق
سقط الضمان كما غصب مالا او العين ثم استحق المتلف بالبينة سقط الضمان كذا في الشاهان وفي بعض
الحواشي كما غصب مال انسان فاتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان على المتلف لانه
لم يضمنه المستحق شيئا وهكذا في الكافي وفيه بحث لما ذكر في الذخيرة ان القضاء بالملك المطلق على ذي

اليد يقتصر عليه فلا يتعدى الى غيره ثم قال واذا استحق المغصوب رجل من يد الغاصب وقضي بالمغصوب للمستحق
بهذا القضاء لا يظهر في حق المغصوب منه حتى لو ادعى المغصوب منه على الغاصب واقام البينة يسمع بينته
هذا لفظه واذا لم يظهر القضاء بالاستحقاق في حق المغصوب منه وجب ان لا يسقط ما وجب له على الغاصب
من الضمان فلا يظهر ان يقال المراد بقوله المتلف متى استحق سقط الضمان ان المتلف متى استحق على من
له الضمان سقط الضمان وصورته انه اذا اتلف انسان مالا وجد في يد غيره فقضى القاضي بوجوب الضمان
عليه ثم ظهر المتلف انه كان ماله واثبت ذلك بالبينة فانه يسقط الضمان عنه فالاستحقاق الطارئ
لما كان دافعا فاولى ان يكون الثابت مانعا ثم ذكر في الكافي في باب الحوالة عند ما بين رجل
واقر انه غصب من زيد ثعلبا قيمته لزيد فان برهن رجل ان العبد له فقيمته لمن برهن ولا شيء
لزيد على المقر لان ما اقر له صار مستحقا بالبينة فان وهب المبرهن تلك القيمة في صحته للمقر او
مات فورثها المقر او ورث مثلها او اوصى له بمثلها ردها على زيد لانه زعم ان ما اخذه المبرهن حق
المقر له وانه اخذه بغير حق فصار دينا وما وصل على المقر وصل بالارث او الوصية والدين مقدم على
الارث والوصية هذا كلامه وهو يوافق ما ذكر في الكافي وبعض الحواشي وانه ايضا يشكل بما ذكرنا من
الذخيرة ثم هاهنا بحث وذلك انهما اذا شهدا بالطلاق قبل الدخول ضمنا نصف المهر باعتبار انهما اكداه
بعد ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج او بالارتداد فقد وجب الضمان عليهما مع انه لولا شهادتهما
بالطلاق لكان متحققا على الزوج بالنكاح والاتلاف بالايجاب يمنع الضمان اذا كان المتلف مستحقا
عليه بسبب اخر فالاتلاف بالتأكيد اولى وما ذكروا من ان الاستحقاق بالعقد كان على شرف السقوط فلنا
السقوط وان كان متوهما البقاء هو الظاهر وانه يكفي لدفع الاستحقاق فللشهود ان يتمسكوا بهذا الظاهر
لدفع الاستحقاق عن انفسهم وليس للزوج ان يتمسك بتوهم السقوط على ثبوت الاستحقاق اذ الظاهر لا يكفي
للاستحقاق فالموهوم اولى والعجب انهم لم يعتبروا بقاء الاستحقاق على الزوج بحكم العقد ظاهرا في دفع
الضمان عن الشهود واعتبروا توهم السقوط الغير الناشي عن الدليل في ايجاب الضمان عليهم
مع ان الظاهر يكفي للدفع ان كان لا يكفي للاستحقاق والموهوم لا يكفي للدفع والاستحقاق جميعا
وايضا اذا رجع المزكي يضمن مع بقاء الاستحقاق بالبينة **قوله** ولو شهد شاهدان على امرأة
بالنكاح الى قوله لانهما اتلفاها من غير عوض وحاصله انهم اذا شهدوا على المرأة ورجعوا لا يضمنون
بحال لان منافع البضع لا يتقوم عند الاتلاف وان شهدوا على الرجل فكذلك الا اذا شهدوا عليه
باكثر من مهر مثلها فيضمنون الزيادة لانهم اتلفوها من غير عوض وبهذا يسقط ما اورده بعض الاصوليين
اشكالا في بحث الشرط ان قوما لو شهدوا بانه تزوج هذه المرأة بالف واخرون بانه دخل بها ثم رجع
الفريقان فالضمان على شهود الدخول ووجه الاشكال ان شهود النكاح اذا لم يضمنوا ثم شهود

العلم فشهود الدخول وهم شهود الشرط اولى ان لا يضمنوا ووجه السقوط ظاهر لان شهود النكاح
اما لم يضمنوا لانهم اتلفوه بعوض كما ذكر في الكتاب ولا اتلاف بما لا اتلاف بخلاف شهود الدخول
فانهم بشهادتهم اكدوا ما كان على شرف السقوط وللتاكيد شبه بالايجاب فهم اوجبوا المهر بلا عوض
فيضمنون كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا وقد اجيب بان تضمين شهود الدخول دون
النكاح مبني على ان شهود الدخول امرؤا شهود النكاح من الضمان حيث ادخلوا في ملك الزوج عوض
ما غرم من المهر وهو استيفاء منافع البضع وفيه نظر لان الابراء يتلو الوجوب والضمان لا يجب على شهود
النكاح بحال نعم هم يضمنون الزيادة فيما اذا شهدوا بالزيادة على مهر مثلها ولكن شهود الدخول لا يتمكنون
من ابرائهم من ضمان الزيادة لانهم لا يدخلون في ملك الزوج عوضا فعلم انهم يضمنون باعتبار انهم
يتلفون المهر بالتقرير بلا عوض اذ العوض وهو ملك المنافع يثبت بالنكاح قبل التقرير بخلاف شهود
النكاح لانهم يتلفون المهر بعوض فلا يضمنون قوله لان المنافع غير متقومة عند الاتلاف بشكل
بما ذكر في الذخيرة حيث قال شهدا على امراة ان فلانا تزوجها على الف وقبضته وهي تنكر ومهر مثلها
خمسمائة فقضى به ثم رجعا ضمنا مهر المثل دون المسمى ولو شهدا بالعقد اولا وقضى به ثم بقبض الالف وقضى
به ثم رجعا من الشهادتين ضمنا للمراة المسمى لان منافع البضع عند الدخول في ملك الزوج متقومة فيضمنان
قيمتها في الفصلين والمسمى في الاخر والفرق لان الضمان انما يجب بالاتلاف والشاهد انما يتلف ما قضى به وهو
في الفصل الاول النكاح لا المهر لانهم شهدوا بالنكاح بمهر مقبوض وفي مثله لا يقضى بالمهر لانه يفترق بالقضاء
ما يمنعه وهو كونه مقبوضا فصارا متلفين منافع بضعها لا بمهر فيضمنان قيمتها وهو مهر المثل واما في الفصل
الثاني فالقاضي قضى بالمهر حين قضى بالنكاح لانعدام المانع وهو كونه مقبوضا فلم يكن الشهادة اتلافا لانه
قابل المنافع عوضا فوقها فبقيت الشهادة بالقبض اتلافا للمهر فيغرمانه هذا كلامه فلو لم يكن منافع البضع
متقومة عند الاتلاف وجب ان لا يضمن الشهود في الفصل الاول شيئا كما لا يضمنون الزيادة فيما شهدوا
بالنكاح عليها باقل من مهر مثلها وجوابه ان اتلاف البضع حقيقة بغير عوض موجب الضمان تعظيما
لخطر المحل فيعتبر الاتلاف الحكمي به اذا خلا عن العوض صيانة لخطره اما اذا قابله العوض وان كان
لا يعدله فليس في معنى الاتلاف الحقيقي الذي لا عوض فيه اصلا فلا يلحق به والله اعلم قوله ولا فرق بين
ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع الى اخره فان قلت فالبيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل الملك عن
المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان
لا يضمنانه قلنا زوال الملك وان تاخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري
المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما والبائع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف
بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويظهر كذبه عند الناس والعاقل يتحامى

عن مثله ولهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين كذا في الكافي وهذا مشكل لانه لما قضى
عليه بالبيع بطل انكاره والتحق بالعدم ولم يبق متناقضا فيما اذا اشترى عبدا فباعه فرد عليه بعيب
بالقضاء حيث كان له ان يرده على بايعه مع انه قد انكر قيام العيب الا انه لما قضى عليه بالبيع التحق انكاره
بالعدم وكذا لو انكر الكفالة بالامر حتى اقيم عليه البينة وقضى بها عليه كان له ان يرجع على المكفول عنه
عليه مع انكاره الكفالة بالامر لان الانكار لما بطل بالقضاء صار كعدمه فلم يعتبر متناقضا فلو تصرف هنا
بحكم الخيار لم يظهر كذبه لالتحاق انكاره بالعدم كيف ولو ظهر كذبه لصار به متناقضا وليس بمتناقض حتى لورده
بالخيار جاز كما جاز الرد بالعيب ورجوعه بحكم الكفالة في المسئلتين وايضا التصرف بحكم الخيار في البيع والبيع
بالخيار قد لزمه جبرا لا باختياره لا يوجب كذبه في انكار البيع لجواز ان يكون محقا في الانكار ولكنه لما قضى
عليه بالبيع وبطل ما في زعمه من انكاره البيع جاز الرد بحكم الخيار ضرورة ثبوت البيع مع الخيار وذلك ليس
من باب ظهور الكذب في شيء وبالجملة فتصرفه بحكم الخيار في البيع الثابت بالقضاء لا يوجب كونه مبطلا فيما
بينه وبين الله تعالى في الانكار الذي سبق وايضا الكذب قد ظهر لما قضى عليه وظهور الظاهر محال فكيف
يظهر كذبه بالتصرف بحكم الخيار وايضا القضاء في العقود نافذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفاذ البيع باطنا انه يثبت
بينهما بيع بحكم الشرع بطريق الاقتضاء على ما عرف فاذا تصرف بحكم الخيار كان تصرفه بحكم البيع الذي ثبت الان
بحكم الشرع وذلك لا يقتضي ظهور كذبه قوله ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسببا لان السبب ما يفضي
اليه غالبا وانا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته غالبا وفي الحاشية وهذا مشكل للزلاسر
على القلب فالظاهر انه اولى بتقدم على القتل لكونه مباحا وبه يدرك ثاره والظاهر ان المكره لا يقتل لانه
لا يباح له قتله ويحتمل ان يرتدع المكره عنه او يلحقه الغوث ثم لفظها وجوابه ان الانسان مجبول على انه
لو خلي سو طبيعته لما اختار الا ما هو انفع له ولا يخفى ان لا نفع لولي القصاص سوى العفو لما فيه من المصالح
الدينية والدنيوية لانه يتخلص به من الذنوب اجلا والمدح عاجلا واحراز النفس والمال عن الهلاك لانه لو
استوفى القصاص يكون اولياء المقتص اعداء للمستوفي فيسعون في اتلاف نفسه وماله على ما هو العادة ويلحقون
الضرر لوجوه لا يحصى فظهر انه في الاستيفاء ضررا كثيرا ونفعا يسيرا وفي العفو بعكس ذلك فالظاهر انه يختار العفو
واما المكره فهو لئن كان يأثم بالقتل ولكن له في اختياره حياة نفسه مصالح كثيرة لانه يتمكن من ادراك التقصيرات
الواقعة عنه مدة عمره وربما تقدر على الطاعات التي توصله الى خالقه ولا تمرين تنفع بالتوبة فالظاهر انه بالنظر
الى هذه المصالح يؤثر حياته غالبا كيف وهو مجبول على حب حياته والمرء لتحصيل هذه المصالح يختار المكروه فما
ظنك بالمحبوب او نقول المصنف رحمه الله ادار الحكم على عليه الافضاء الواقعي لا العقلي ولكن علم الافضاء الواقعي
في القصاص بكونه مندوبا والوجه المذكور في الحاشية ان كان يدل على علية الافضاء عقلا فهو لا ينافي علم
عليه الافضاء الواقعي بجهة انه مندوب وكذلك ما ذكر في المكره ان كان يدل على علم وقوع القتل فهو لا

بلغ وقوعه في الباب الرابع قوله ولو قالوا شهدنا ثم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم الى اخره قلت هذا مبني على ان القضاء عند محمد رحمه الله بشهادة الفروع
والاصول جميعا وعندهما يضاف الى الفروع ولكن هذا يشكل بما ذكر في الكافي حيث قال رجع فرعا
اصلين وفرعا اربعة ضمنوا اثلاثا وعند محمد رحمه الله انصافا لان القضاء وقع بشهادة الفروع من وجه
فهم الذين شهدوا بمجلس القضاء واثبتوا هذا الحق وبشهادة الاصول من وجه فلعم الشهادة على المال
الا الفروع فمحمد رحمه الله نظر الى الفروع وهم سواء وابو حنيفة وابو يوسف نظرا الى الاصول فجعلوا الضمان
اثلاثا على هذا النظر ووجه الاشكال ظاهر لان ما ذكرنا من اصل محمد رحمه الله ان القضاء بشهادة الاصول والفروع
جميعا يقتضي ان تجب ثلث المال ونصف السدس على فرعي اصلين ونصف الجميع ونصف السدس
على فرعي اربعة لان ثلث المال واجب على فرعي اصلين بيقين ونصفه واجب على فرعي اربعة
بيقين والسدس واجب على فرعي اصلين ان اعتبر القضاء بشهادة الفروع وعلى فرعي اربعة ان اعتبر
القضاء بشهادة الاصول فوجب ان ينتصف السدس عليهما عملا بالاعتبارين وعلى اصلهما يجب ان
يكون الضمان اثلاثا لان القضاء عندهما يضاف الى شهادة الفروع حتى لو رجع الاصول والفروع فالضمان
على الفروع عندهما ثم ما ذكر في الكافي ان محمدا رحمه الله نظر الى الفروع يشكل بما ذكر في الذخيرة انهم اجمعوا
على انه اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشهد اربعة على شهادة شاهدين فقضى القاضي بشهادتهم
ثم رجعوا ان الضمان على الفريقين نصفان فلو كان المنظور عند محمد رحمه الله هو الفروع وجب ان يكون الضمان
على الفريقين اثلاثا عنده ويمكن ان يجاب عن الاشكال الاول بان القضاء لما كان بشهادة الفروع
من وجه وبشهادة الاصول من وجه اوجبنا الضمان على الفروع واعتبرنا عدد الاصول في قسمة الضمان
على الفريقين عملا بالجهتين ولم يعكس لان الفروع مباشرون والاصول كالمسببين فاعتبرنا في الضمان
الفروع وفي القسمة التي كالوصف اعتبرنا عدد الاصول ترجيحا لجانب المباشرة على التسبب ومحمد رحمه الله
يقول لما وجب الضمان على الفروع عند رجوعهم اعتبرنا في القسمة عددهم ايضا الحاقا للوصف بالاصل
وعن الاشكال الثاني ان محمدا رحمه الله وان كان يعتبر الفروع عند رجوعهم فهو كان يقول ان الشهادة على
الشهادة جوزت لضرورة احياء الحقوق وان كان القياس يابى جوازه والضرورة ترتفع بتحميل الشهادة
على اثنين فكان التحميل على اكثر منهما زائدا على قدر الحاجة فلا يعتبر فكأن على شهادة كل من
الاصلين لم يتحمل الا اثنان ووجب اخراج شهود الفرع وان كثروا فلا تحصل به زيادة الطمأنينة في
معرفة الحق المشهود به بخلاف الاصول اذا شهدوا بانفسهم فكان اربعة من الفروع كالاثنين قوله
بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض لان الشرط ما يتوقف عليه الحكم والرجم موقوف على الاحصان
فيكون شرطا واختار الامام فخر الاسلام رحمه الله ان الاحصان في باب الزنا علامة محضة وقال وانما قلنا انها علامة

لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى ان يوجد الشرط وهذا لا يكون في الزنا بحال لان الزنا
اذا وجد لا يتوقف حكمه على احصان يحدث بعده لكن الاحصان اذا ثبت يكون معرفا لحكم الزنا فاما ان
يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علة على وجود الاحصان فلا فثبت انه علامة وليس بشرط فلم يصلح
علة للوجود ولا للوجوب ولذلك لم يجعل له حكم العلل بحال الى هنا لفظه واعترضوا عليه بان الشرط
لا يستلزم ان يتوقف انعقاد العلة عليه بعد وجود صورتها الا يرى ان الطهارة وستر العورة واستقبال
القبلة شروط الصلاة بلا خلاف مع انها بعد وجود صورتها لا يتوقف على هذه الشروط وهو ظاهر وكذلك
الشهود في النكاح شرط مع ان النكاح بعد وجود صورته لا يتوقف عليه فليكن الاحصان شرطا مثل
هذه الشروط والجواب ان الشرط على ثلثة انواع احدها شرط وجود صورة العلة وصيرورتها علة اسما
والثاني شرط انعقاد العلة وصيرورتها علة معنى والثالث شرط وجود الحكم وصيرورته علة حكما وما ذكرت
من ان الشرط لا يستلزم ان يكون ما يتوقف عليه انعقاد العلة بعد وجود صورتها فذلك مسلم فيما هو شرط
لوجود العلة صورة كشروط الصلاة اذ لا وجود لصورتها شرعا الا بهذه الشرائط فاما ما هو شرط لوجود الحكم
لا لوجود صورة العلة او شرط لانعقاد العلة فلا بد وان يكون ما يتوقف عليه انعقاد العلة بعد وجود
صورتها كالدخول في ان دخلت الدار فانت طالق وكالقبض في الهبة والصدقة فان حكمهما يتوقف عليه
بعد وجود الايجاب والقبول وكالتراضي في البيع شرط لحكمه وهو الملك يتوقف عليه انعقاد البيع في حق
الحكم اذا ثبت هذا فالاحصان في باب الزنا لا يمكن جعله شرطا لوجوده لظهور ان الزنا بالمعنى الشرعي
يتحقق بدون الاحصان حتى يحد به ولا لوجوب حكمه لان ما هو شرط الحكم يتوقف عليه انعقاد العلة بعد وجود
صورتها والزنا بعد الوجود لا يتوقف انعقاده علة للرجم على وجود الاحصان حتى لو زنى ثم احصن لا
يرجم بالاتفاق فظهر انه جعل علامة لا شرطا هو الحق والله اعلم

كتاب الوكالة

قال الشارح واما ركنها فهو الالفاظ التي تثبت بها الوكالة من قوله وكلتك ببيع هذا العبد
او بشرائه واقترن به قبول المخاطب قلت هو تصريح باشتراط القبول وبه يشعر لفظ الذخيرة حيث قال
رجل وكل رجلا بطلاق امرأته فلم يقبلها صريحا ولكن طلقها فالقياس ان لا يصح الطلاق وفي الاستحسان يصح
ويجعل اقدامه على الطلاق قبولا للوكالة دلالة هذا لفظه وفيه اشارة الى ان القبول شرط اما صريحا او دلالة
ولكن المسألة منصوصة في مسائل شتى من كتاب الكفالة قال لاخر وكلتك ببيع هذا العبد فسكت المخاطب عن
القبول وعلمه صار وكيلا فهذه المسألة تدل على ان القبول ليس بشرط لصيرورته وكيلا قوله كل عقد
جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره ويرد عليه توكيل المسلم الذمي بشراء خمر وخنزير لان
الموكل لا يملك هذا العقد مع ان التوكيل به صحيح واجيب عنه في الشرح بان هذا طرد وليس بعكسه
حيث لم يقل كل عقد لم يجز ان يعقده بنفسه لا يجوز ان يوكل به غيره وتوكيل المسلم بشراء الخمر انما يرد على

العكس لا على الطرد وفيه نظر لان التنصيص بالكلي نفي عما عداه في الروايات على ما هو مختار المصنف ره فتقييد العقد بالجواز يدل على ان ما لا يجوز مباشرة الموكل من العقود لا يجوز التوكيل به فيرد توكيل المسلم الذمي فيما لا يملكه المسلم بنفسه ثم اعترض بالاستقراض فان التوكيل لا يصح وان كان يملك المتوكل واجيب بان التوكيل بالبيع انما يصح لان محله ملك الموكل بخلاف الاستقراض واعترض عليه بان محل النكاح وهو المراة ليس بمملوك للموكل وقد صح التوكيل به واجيب بان التوكيل بالنكاح امر بالتصرف في حقه وهو الذمة فان الوكيل بالنكاح يوجب المهر في ذمة الموكل وذمته حقه فيملك الامر بالتصرف فيه فصار كالتوكيل بالشرا بخلاف الاستقراض فانه امر بقبض حق المقرض وذلك تصرف في حق الغير والامر بالتصرف في حق الغير وعدمه بمنزلة فلا يجوز التوكيل به لانه تمليك التصرف ولا تمليك فيما لا يملكه فحاصل الجواب عن الاستقراض هو ان ما جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره اذا امكن تحقيق معنى التوكيل وفي الاستقراض لا يمكن فلا يصح فان قلت الامر بالاستقراض ايضا امر بالتصرف في ذمته بايجاب المثل فان القرض يوجب المثل في الذمة فصار كالامر بالنكاح والشرا اجيب بان الاستقراض ان كان يوجب المثل في الذمة ولكن بعد القبض فلا بد من صحة الامر بالقبض اولا وذلك غير صحيح فلا يصح التوكيل به قوله لا برضا الخصم قلت هذا اذا كان التوكيل بما قصدا اما اذا كان بطريق الضرورة كان جايزا بالاتفاق وبيانه ما ذكر في الذخيرة عبد في يد رجل اقام رجل بينة انه عبده اشتراه من ذي اليد ونقد الثمن ولم يذكر قبض المبيع ولم يذكره الشهود ايضا وبرهن ذو اليد انه وديعة عنده من فلان لا يندفع عنه الخصومة ووجب القضاء بالعبد للمدعي ثم لو حضر الغايب قبل القضا به وصدق ذا اليد فيما اقر به وامر ذو اليد بدفع العبد اليه لانه اقر في حال كان العبد ملكه ظاهرا ثم يقضي بالعبد لمدعي الشرا على المقر له ولا يكلف اعادة البينة لان البينة قد صحت ظاهرا واستحق القضاء بها فهو باقراره يريد ابطال استحقاقه فاعتبر اقراره في حقه لا في حق المدعي وصار الغايب عند حضرته كالوكيل بالخصومة عن ذي اليد وهذا لان صاحب اليد لما اقر بالملك للغايب والخصومة ابدا الى المالك فقد فوضها اليه فصار كان المدعي اقام البينة فقبل ان تزكى وكل ذو اليد رجلا بالخصومة وهناك اذا زكيت لا يكلف اعادة البينة كذا هنا وتكون المقضي عليه في هذه الصورة صاحب اليد دون المقر له لانه كالوكيل ومن هذا ظن البعض ان هذا قولهما لا قول ابي حنيفة ره لانهما يريان جواز التوكيل بلا رضا الخصم وهو لا يراه وليس الامر كما ظنوا لانه انما لا يرى ذلك قصدا والتوكيل هنا لا يثبت قصدا هذا لنظر وفيه ايضا اذا وكل بتقاضي دينه فهو جايز رضي المطلوب او لم يرض قالوا هذا اذا كان المطلوب مقرا بالدين اما اذا كان جاحدا لا يصح التوكيل عند ابي حنيفة ره من غير رضا الخصم الا اذا كان الموكل حاضرا لانه اذا كان جاحدا كان التوكيل بالتقاضي توكيلا بالخصومة والجواب في التوكيل بها

من غير رضا الخصم عنده هكذا واليه مال شمس الايمة وذكر شيخ الاسلام ره ان التوكيل صحيح على كل حال لان التوكيل بالخصومة هنا يثبت في ضمن التقاضي ويجوز ان يثبت الشي في ضمن غيره ولا يثبت مقصودا هذا كلامه قوله لهما ان التوكيل في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره قلت هذا التعليل ينتقض بما اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار فان الاستثناء صحيح عند محمد ره ولكن الخصم ان لا يقبل هذا التوكيل عنده صرح بذلك في البزدوي حيث قال وقال محمد ره يصح استثناؤه وللخصم ان لا يقبل هذا التوكيل ولا يخفى ان ما ذكره المصنف بيانه في صورة استثناء الاقرار ايضا مع ان التوكيل به غير لازم عند محمد ره قوله والناس متفاوتون في الخصومة يعني بعضهم افطن من بعض فجاز ان يثبت الباطل بصورة الحق فيتضرر به الناس فلا يلزم الا برضاهم كذا في الحاشية قلت فينبغي ان لا يقبل التوكيل بلا رضا الخصم وان كان الموكل حاضرا مع الوكيل في مجلس القضا والمسئلة بخلافه فان الموكل اذا كان حاضرا مع الوكيل في المجلس القضا يقبل التوكيل به وان لم يرض الخصم به بالاتفاق قوله اذا اراد السفر لتحقق الضرورة لانه لو لم نجز يلحقه الضرر بالانقطاع عن مصالحه فان قلت في لزوم التوكيل به ايضا ضرر بالخصم وتحمل الضرر الخاص لدفع مثله لا يجوز قلت ضرر الخصم اهون من ضرر الموكل للسفر لان الخصم يصل الى حقه غالبا اذ الحق يعلو اما الموكل للسفر اذا منع من السفر ينقطع عن مصالحه غالبا قوله ولنا ان الوكيل هو العاقل حقيقة لان العقد تقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل وقد يقال لو كان العاقل هو الوكيل حقيقة وحكما لكان ينبغي ان لا يجوز اقالة الموكل مع البايع لان الاقالة فسخ للعقد فلا يصح الا ممن قام به والعقد قايم بالوكيل دون الموكل فلا يصح الا من الوكيل والمسئلة بخلافه قوله والملك يثبت للوكيل خلافة عنه بلا عنه ولهذا لو كان المشتري منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه كذا في الكافي وقد يجاب بان الشرط لفساد النكاح وثبوت العتق هو الملك المتقرر الا يرى انه لو كان تحت حر امة فتزوج على رقبتها حرة باذن سيدها صح النكاح وللمولى على الزوج القيمة ولا يفسد نكاح الزوج في الامة لان الزوج وان صار مستقرضا الامة من المولى فملكه اياه غير متقرر فلا يفسد به النكاح كذا ذكر في الكافي في باب المهر وما يثبت للوكيل من الملك غير متقرر عليه فلا يفسد به النكاح ولا يثبت العتق فلا يكون ذلك دليلا على عدم ملك الوكيل فان قلت لو اشترى قريبه او منكوحته بشرط الخيار يعتق عليه عندهما ويفسد النكاح مع ان ملك المشتري مع شرط الخيار غير متقرر فعلم ان المتقرر من الملك ليس بشرط لذلك اجيب بان الفرق بينهما هو ان الملك متى ثبت في المحل لا على سبيل التقرر فان تعلق به حق الغير زمان الثبوت لا يفسد به النكاح ولا يعتق به القريب وكلا يفسد النكاح ويعتق القريب والملك الثابت للمشتري بخيار الشرط لا يتعلق به حق الغير فيفسد

النكاح وبعتق القريب والملك الثابت للوكيل يتعلق به حق الغير وهو الموكل فلا يفسد النكاح
لو كان المشتري منكوحته ولا يعتق لو كان قريبه فظهر ان عدم التقرر في الملك انما يناسب عتق
القريب وفساد النكاح اذا كان عدم التقرر بصفة تعلق حق الغير والا فلا قوله والضرب الثاني
من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار قلت سوى ههنا بين العتق على مال
والخلع فجعل الوكيل في كل منهما سفيرا بناء على انهما من الاسقاطات وفرق بينهما في اشتراط البدل
على الاجنبي فجوزه في الخلع دون العتق وبين ذلك في الكافي على ان الخلع من الاسقاطات والعتق
من الاثباتات واشتراط البدل على الاجنبي في الاثباتات لا يجوز وفي الاسقاطات يجوز وذلك مشكل لان
العتق لو كان اثباتا كالبيع وجب ان يكون الوكيل فيه اصيلا في الحقوق كما في البيع ولو كان
اسقاطا كالخلع وجب ان يصح اشتراط بدله على الاجنبي وكذا سوى ههنا بين الكتابة والخلع والصلح
عن دم العمد وفرق بينها وبين الخلع واخواته في البيع الفاسد من حيث ان الكتابة يفسد بالشرط
الفاسد المتمكن في صلب العقد كما لو كاتب عبده على خمر واستثنى حملها فالحقها ثمه بالبيع وههنا بالخلع والنكاح
وذلك ايضا مشكل والجواب ان الاعتاق اثبات من حيث انه اثبات القوة الشرعية واسقاط من حيث
انه ازالة الملك فمن حيث انه اسقاط وجب ان يلزم بدله على الاجنبي اذا اشترط عليه ومن حيث انه
اثبات وجب ان لا يلزم لان الاصل في الذمة البراءة فلا يلزم بالشك فاخذ حكم البيع واما الحقوق فيلزم على
الوكيل من حيث انه اثبات ولا يلزم عليه من حيث انه اسقاط فلا يلزم بالشك فكان في حكم الخلع وكذا الكتابة
دائرة بين الامرين فقلنا يفسد بالشرط الفاسد المتمكن في صلب العقد عملا بشبه البيع ولا يفسد بغير المتمكن
فيه عملا بشبه الخلع ونحوه عملا بالاعتبارين ثم لما كانت دائرة بينهما لم يلزم الحقوق فيها على الوكيل بالشك
ولم يجعل الوكيل فيها اصيلا بالاحتمال نعم يشكل بان النكاح لو كان اسقاطا كما ذكره المصنف هنا وجب
ان يصح تعليقه بالشرط كما يجوز تعليق سائر الاسقاطات وان اجيب بان النكاح اسقاط من وجه والتعليق
تختص بمحض الاسقاط على ما صرح به المصنف في اخر كتاب الهبة قلنا فحينئذ يشكل بالاعتاق فانه ليس
باسقاط محض وقد صح تعليقه وجوابه سيأتيك انشاء الله قوله وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل
عن السبب وقد يقال المعنى بالفصل عن السبب هو ان يفعل السبب ولا يترتب حكمه عليه وههنا يترتب
الحكم على السبب غاية الامر انه لا يثبت للعاقد بل يثبت للغير لكن لا بطريق الاصالة بل بطريق الخلافة
عن العاقد والخلف يحكي حكاية الاصل فكان الحكم ثابتا للعاقد حكما فلم يكن من قبيل انفصال الحكم عن
السبب في شيء والحاصل ان الحكم للموكل خلافة عن ~~والثابت للخلف في حكم الثابت للاصل فلا يكون من~~
~~الفصل اصلا~~ وجوابه سنذكره انشاء الله تعالى قوله لانه اسقاط فيتلاشى وقد يقال المتلاشي في النكاح
مثلا هو الحرمة وانما الحل يثبت بحكم النكاح بل حكمه تلاشيها واضمحلالها والساقط ان كان يتلاشى فسقوط

قوله وكل عقد يضيفه الوكيل الى آخره قلت لنا ان نكل ما يضيفه كان من الاثباتات فحقوقه ترجع الى الموكل وكل ما يضيفه كان من الاسقاطات فحقوقه ترجع الى الموكل لكان تعريفا بمعلوم اذ الاثبات والاسقاط معلومة بخلاف لزوم الاضافة الى الموكل وعدمه فانا لا نعلم ان العقد الذي يجب فيه الاضافة الى الموكل او الذي لا يجب فيه اخر انه لكل ما يلزم من الاثبات يلزم فيه الاضافة الى الموكل وما يكون من الاسقاطات يلزم فيه ذكر فلا وجه لذلك التعريف الى هنا

واضمحلال

واضمحلاله ليس بمتلاشي فيتصور ان يفعل سبب المتلاشي للاحل ويثبت التلاشي لغيره انما المتصور
ذلك لو كان حكم هذه العقود هو الساقط وليس كذلك وجوابه ان السقوط والاضمحلال عبارة عن العدم
والعدم ليس بشيء وثبوت امر لشخص فرع ثبوته في نفسه لاستحالة ان لا يكون له ثبوت في نفسه ويثبت
لغيره فكان الموجود ههنا هو نفس السبب لا غير فلا يثبت للموكل الا نفس السبب فكان الوكيل سفيرا
بالضرورة توضيحه ان الموكل ليس باعلى حالا من المباشر الاصيل وهذه الاسقاطات لا يثبت للاصيل
منها لانها لا تقبل الا العدم الذي لا يمكن اثباته لعدم ثبوته في نفسه فكذا في حق الموكل ثم يثبت
للمباشر الاصيل نفس السبب فكذا للموكل وهو المطلوب ثم يشكل بان علته حكم الاعتاق والطلاق منفصل عن
سببه كما في الايجاب المضاف نحو انت حر او انت طالق يوم الجمعة فان المضاف سبب بالاتفاق وحكمه متراخ
الى ما اضيف اليه من الزمان حتى اشبه السبب باعتبار تأخر الحكم وجوابه انا لا نعني بالانفصال تراخي
الحكم عن السبب بل نعني به ان حكمه ليس بامر وجودي له وجود سوى وجود سببه انما الموجود هو السبب
فلو انتقل الى الموكل لم ينتقل الا السبب وبانه التقريب ما ذكرنا وبهذا خرج الجواب عما وعدنا قبله
قوله والصلح على الانكار قلت ينبغي ان يكون المسئلة على التفصيل وذلك ان الصلح على الانكار
اعتبر معاوضة في حق المدعي حتى يجري الشفعة لو صالحه على دار واعتبر قطعا للخصومة في حق
المدعى عليه فيجب ان يكون الوكيل بالصلح من جانب المدعي اصيلا في الحقوق ولا يكون اصيلا فيها
اذا كان من جانب المدعى عليه قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل قلت كانه اراد بطلانه
انه غير مجري على حقيقته حتى ان الوكيل لو اخرج الكلام مخرج الوكالة بان قال للمقرض
اقرضني عشرة فالعشرة له لا للموكل ولا نهذا التوكيل محمول على الرسالة مجازا حتى لو اخرج
الكلام مخرج الرسالة بان قال ان فلانا يستقرض منك عشرة ففعل فالعشرة للآمر وذلك لتعذر العمل
بالحقيقة لما تعذر جعلناه عبارة عن الرسالة حتى لا يلغو فان قيل لو صرح بالرسالة بان دفع الى رجل ثوبا
وقال له اذهب الى فلان وقل له ان فلانا يستقرض منك عشرة ويرهن منك هذا الثوب فان
اخرج المامور الكلام مخرج الرسالة بان اضافه القرض والرهن الى الآمر فالدراهم للآمر وعهدة الرهن
عليه وان اخرجه مخرج الوكالة بان اضاف القرض والرهن الى نفسه وقال اقرضني وارتهن مني هذا
الثوب فالدراهم للوكيل ويصير ضامنا للثوب اما لو اخرج الموكل الكلام مخرج الوكالة بان قال وكلتك
بان تستقرض لي من فلان عشرة وترهن هذا الثوب منه فان اخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة فالعشرة
للموكل وحقوق الرهن اليه ولا يضمن الثوب وان اخرجه مخرج الوكالة بان اضاف القرض
والرهن الى نفسه فالدراهم للوكيل ولا يضمن الرهن ايضا لانه رهن ثوبه باذنه فلو كانت
التوكيل بالاستقراض مجازا عن الرسالة لوجب ان يضمن الثوب اذا اخرج كلامه مخرج الوكالة

المجلس قبل تفرق ابدانهما المجلس باق حكما فيكتفي به للقبول الحكمي على ان القياس يقتضي اشتراط
المجلس لصحة القبض ايضا الا انا تركناه بالاثر كما مر في الصرف ثم قد يفرق بين التوكيل ببيع الصرف
وغيره بان المستحق لله تعالى في بيع الصرف هو تقابض المتعاقدين لانه هو المراد بقوله يدا بيد في
حديث قبضا بقبض فكل ما يفوت هذا المستحق فهو باطل ولا شك انه صحة قبض الموكل يفوته فلا يصح
بخلاف القبض في البيع فانه غير مستحق للشرع بل مستحق لايصال حق الموكل فاذا وصل اليه حقه لا
فايدة في مطالبته ثانيا وهذا اوضح مما ذكره الشارح وما ذكره الشارح من انه لا يصح قبض الموكل
في الصرف فذلك اذا كان الموكل غايبا عن المجلس اما اذا كان حاضرا يكتفي بقبضه لانه يجعل مصارفا
بنفسه حتى لو افترق الوكيل من غير قبض وقبض الموكل قبل الافتراق جاز قوله لم يكن للوكيل ان
يطالبه ثانيا وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما اذا باع الوصي من مال الصبي اذ المشتري من
الوصي اذا دفع الثمن الى الصبي فللوصي ان يرجع على المشتري والوكيل لا يرجع على المشتري اذا
ادى الثمن الى الموكل والفرق ان الوكيل انما ياخذ الثمن ليدفع الى الموكل فاذا اخذه الموكل
بنفسه فقد حصل ما هو المقصود من اخذ الوكيل فلا فايدة في الرجوع على المشتري ثم الدفع الى الموكل
اما الوصي فلا ياخذ للدفع الى الصبي بل لحفظ ماله والتصرف فيه لاجله وهذا المقصود لا يحصل الا بقبض
الوصي فله ان يرجع على المشتري ليتمكن من الحفظ والتصرف فيه قوله لما انه يملك الابراء عنه ولا يجوز
الابراء عن الثمن في قول ابي يوسف لانه تصرف في ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل ولهما ان الابراء اسقاط
لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عنه كذا في الكافي ويشكل بانه
لو كان ابراؤه اسقاطا لحق القبض فقط وجب ان لا يضمن الوكيل للموكل لانه في اسقاط حق
القبض ليس بمتصرف في حق الموكل ان حقه في الدين لا في القبض وايضا لو كان الابراء هو اسقاط
حق القبض لزم ان لا يفترق الايفاء والابراء وقد فرق في كتاب الرهن بينهما بان الابراء اسقاط
للدين حتى لو ابرا المرتهن الراهن ثم هلك الرهن في يده هلك مجانا والايفاء لا يسقط الدين
بل يمنع المطالبة حتى ان الرهن بعد ايفاء الدين هلك بالدين وايضا ان الابراء عن الدين كما يصح قبل
ادايه يصح بعد ادايه حتى لو ادى الدين ثم ابراه الداين عن الدين فعليه رد ما استوفى الى من
استوفى منه فلو كان الابراء هو اسقاط حق القبض لما صح بعد الايفاء لسقوط حق القبض بعده الا ان
يقال انه لم يرد تعريف مطلق الابراء باسقاط حق القبض حتى يشكل بما ذكر بل اراد ان الابراء من
الوكيل هو اسقاط حق القبض لانه لا حق له الا في القبض كما ان ابراء الكفيل عبارة عن اسقاط المطالبة
عنه لانه ليس عليه في الصحيح الا المطالبة والما ضمان للموكل فلان الوكيل وان اسقط حق المطالبة
التي كانت له فذلك يتضمن اتلاف الدين في حق الموكل حيث سد طريق التوصل اليه اذ ليس له

حق الطلب ومن كان له حق فقد اسقطه فتعذر له الوصول الى حقه فيتضمن ذلك اتلافا لحق الموكل فيضمنه
او نقول ان الوكيل لما اسقط ما له من حق القبض وصار به متلفا للدين في حق الموكل حيث سد عليه
طريق الوصول الى دينه ضمن له الدين والمضمون لا بد ان يدخل في ملك الضامن لئلا يجتمع
البدلان في ملك واحد فملك الوكيل الدين بالضرورة ولما ملكه عمل ابراؤه في اسقاط الدين كالغاصب
اذا باع المغصوب ثم ادى الضمان ولكن لقايل ان يقول الوكيل لو ملك الدين لملك بعد الابراء لانه
هو السبب للاتلاف الذي هو الموجب لملكه الدين فكان الابراء سابقا على الملك والتصرف السابق
على الملك لا ينفذ بعد ثبوت الملك كما لو باع ثم غصب وادى الضمان بخلاف الغاصب اذا باع بعد
الغصب ثم ادى الضمان لانه يملك مستندا الى وقت الغصب فكان الملك سابقا على البيع فافترقا
قوله فيملك الابهام اشارة الى ان الابهام انما يمنع اذا بين الجنس كالعبد والجارية والصفة لا
النوع كالتركي والحبشي وهذا مشكل حيث يصح الامر باعتاق مطلق الرقبة في الكفارة فلو كان الابهام يتوقف
على بيان الجنس والصفة لم يصح الامر باعتاق مطلق الرقبة ايضا وجوابه ان لا اشكال في المطلق ممكن
ولكن المطلق في التوكيل ليس يجري على اطلاقه اذ المقصود دفع الحاجة وانها لا يندفع بالمطلق فلا يمكن
اجراؤه على الاطلاق فيكون مجملا فيما اريد منه والابهام بالمجمل متعذر بخلاف اوامر الشرع اذ المطلوب فيها
الابتلاء وانه يحصل بايجاب مطلق الرقبة فيجري على اطلاقه ~~باب الوكالة في البيع والشرا~~
قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته كالجودة والرداءة والتوسط كذا في الحاشية وفيه نظر لان الصفة بهذا المعنى
لا يحتاج اليه صرح به في الكتاب ويؤيد هذا حيث قال ولو بين الثمن والنوع ولم يبين الصفة كالجودة والرداءة
والتوسط جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع فهذا تصريح منه بان الجودة
ونحوها لا يحتاج الى بيانها اذا لم يبين الثمن وبان المراد بالصفة المذكورة في الكتاب النوع قوله مثاله اذا
وكله بشراء عبد او جارية لا يصح الى قوله ومن قال لاخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة
الفاحشة قلت سوى ههنا بين العبد والدار فجعل كلا منهما كالجنس الذي يجمع انواعا وجعل جهالة
كل منهما جهالة الجنس دون الصفة وفرق بينهما في تسمية الصداق فجوز التسمية بالعبد دون الدار
فجعل جهالة العبد كجهالة الوصف دون الجنس وجعل جهالة الدار كجهالة الجنس وفي الفرق نوع
صعوبة قوله فان الوكيل ببيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز قال الشارح
وهذا لانه انما يعتبر امره فيما لا يملكه المامور بدون امره وهو في قبول السلم ينفذ عن امر الغير وقبول
السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل فان قلت التوكيل بالشرى جائز مع ان الوكيل يملك
الشرى بدون الامر حيث باشرى الوكيل يوجب الثمن في ذمة الموكل على ما صرح به الشارح في
بعض المواضع فيكون شراؤه تصرفا في ذمة الموكل والتصرف في ذمته لا يملك الا بالامر بخلاف قبول

السلم فانه يوجب المسلم فيه في ذمة العاقد لانه عرف جوازه بخلاف القياس بالنص ولم يعرف الا بان
يكون موجبا للمسلم فيه في ذمة العاقد فيكون التوكيل به امرا ببيع الطعام في ذمته لا في ذمة الوكيل
فلا يصح لانه يملك بيعه في ذمته بدون الامر ولئن كان شري الوكيل يوجب الثمن في ذمة الوكيل
دون الموكل كما مر اشار اليه في بعض المواضع فنقول انما يجوز التوكيل بالشري على خلاف القياس للحاجة
اليه ثم في الشرح فان قلت فقد يجوز التوكيل بشي يجب في ذمة الوكيل كما في الوكيل بالشري فان
الوكيل هو المطالب بالثمن فلم لا يجوز توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم
المسلم فيه والجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين كالثمن قلت المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لم
يجز الاستبدال به وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من جواز التوكيل بالثمن الذي هو كالتبع في البياعات
جواز التوكيل بقبول المبيع الذي هو الاصل من كل وجه الى هنا لفظه فان قلت فما وجه التوكيل بعقد
الصرف فانه جائز مع انه توكيل بقبول المبيع في ذمته لان البدلين في الصرف مبيع اجيب بان بدل الصرف
ان كان يثبت دينا في الذمة فهو يتعين بالقبض في المجلس وهذا التعين تعتبر تعينا في حالة العقد لئلا
يلزم بيع الكالي بالكالي فيكون كبيع العين بالعين والعين المبيع في ملك الموكل فلا يلزم بيع شي في
ذمته على ان يكون الثمن لغيره او نقول الشري في عقد الصرف اصل لان الحسن في الدراهم والدنانير
هو الاصل والعبرة للاصل وانما جعل مبيعا ضرورة ان البيع لا بد له من المبيع ولهذا لا يتحمل في الصرف الغبن الفاحش
بالاتفاق ولو سعا على وجه الاصالة لكان على الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه فيكون هذا توكيلا بشراء شي
يثبت يجب في ذمة العاقد وهو جائز ثم ذكر الشارح نقلا عن الذخيرة ان التوكيل بقبول السلم توكيل
بما لا يملك الموكل بنفسه بقضية الاصل لان قبول السلم بيع ما ليس عنده الانسان وهو ما لا يمكنه بنفسه لكنا
عرفناه بالنص ان النبي عليه السلام رخص في السلم والرخصة في بيع ما ليس عند الانسان لا في الامر ببيع ما ليس
عنده بخلاف الشري فانه يصح وان لم يكن الثمن في ملكه لان الشري بما ليس عند الانسان جائز على موافقة
القياس فكان الامر به ايضا جائزا على موافقة القياس الى هنا لفظه وفيه نظر لان هذا يقتضي ان
لا يصح التوكيل من جانب رب السلم ايضا لانه توكيل بشري المعدوم والموكل لا يملكه بقضية الاصل
فينبغي ان لا يملك التوكيل به ايضا والمسلة بخلافه ولو اعتبر السلم من جانب رب السلم بيع راس المال بما
في ذمة المسلم اليه فليعتبر ذلك شراء راس المال بما في الذمة في حق المسلم اليه قوله فان فارق صاحبه
قبل القبض بطل العقد قلت هذا اذا كان الموكل غائبا عن المجلس اما اذا كان حاضرا يجعل هو
صارفا يعتبر مفارقته دون الوكيل لان حقوق عقد الصرف والسلم يرجع الى الموكل لان الوكيل
فيهما بمنزلة الوكيل في الهبة والقرض اذ الحكم فيهما يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير كذا في
الشامات وفيه نظر لان الشرط في السلم لا لاجل ان يقع العقد عن الموكل هو نفس القبض لا القبض

الملاقي لملوك الغير لجواز ان ينقد الوكيل من ماله فيكون في قبض المسلم اليه مملوكا للعاقد فصح
ان يجعل اصيلا في العقد لان الحكم راس المال بلاقي مملوكه وقبض المسلم فيه وان كان يلاقي مملوك
الغير فقبضه ليس بشرط لصحة العقد وثبوت الملك بخلاف الهبة والقرض فان العقد فيهما لا ينعقد
على الموكل الا بقبض مال الغير فلا يحتمل ان يجعل اصيلا على انه قد ذكر في الخزانة اذا عقد
الوكيل السلم ثم امر الموكل باداء راس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان تسليم راس المال
من حقوق العقد والوكيل في حقوق العقد كانه عاقد لنفسه ولو عقد لنفسه ثم فارق المسلم اليه قبل
تسليم راس المال لا يجوز السلم كذا هنا وذكر في المبسوط في باب الوكالة في الصرف والسلم ما يشير
الى ان حقوق عقد الصرف والسلم يرجع الى الوكيل حيث قال وفي حكم التقابض المعتبر بقاء العاقدين
في المجلس وغيبة الموكل لا يضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لان
قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا يتوجه عليه المطالبة ففي حكم التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به
الحقوق هذا لفظه ووجه الاشارة ظاهر وقد نص عليه في المحيط حيث قال واذا ثبت ان التوكيل بالسلم
جائز فالوكيل هو الذي يطالب بتسليم المسلم فيه عند محل الاجل وهو الذي يسلم راس المال لانه العاقد
وحقوق العقد يرجع الى العاقد عند علمائنا الثلثة رحمهم الله هذا لفظه وايضا قول المصنف ولا
يعتبر مفارقة الموكل انما يتصور اذا كان الموكل حاضرا وقت العقد اذ لا معنى لمفارقته اذا كان غائبا
حينئذ فليتامل قوله اذا دفع الوكيل بالشري قلت التقييد بالدفع اتفاقي اذ له ولاية الرجوع
قبل الدفع ايضا كما مر في الكفالة وذكر في المبسوط ان للوكيل ان يحبس المبيع من الموكل حتى
يستوفي الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البايع او لم يدفع وهذا ايضا يشير الى ان له ولاية
الرجوع قبل الدفع لان ولاية الحبس يبنى عن ولاية الرجوع وبه صرح في الذخيرة حيث قال والوكيل
بالشراء له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يودي الثمن من مال نفسه لان رجوع الوكيل على الموكل
بحكم بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل كان الوكيل اشتراه لنفسه ثم باعه من الموكل ولو كان
هكذا كان للوكيل ان يرجع على موكله ~~ولو لم يرجع على موكله~~ وان لم يرجع البايع على الوكيل
فكذا هنا هذا كلامه قوله مبادلة حكمية اي مبادلة حكما لا حقيقة وقوله وقد سلم المشتري للموكل
من جهة الوكيل تفسير للمبادلة الحكمية اي لما سلم المشتري للموكل من قبل الوكيل صار الوكيل كالبايع
من الموكل فانعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا مشكل لانه لو انعقدت بينهما مبادلة حكمية لما صح التوكيل
بشراء ما لا يجوز شراؤه للموكل كتوكيل المسلم الذمي بشراء خمر او خنزير وتوكيل المحرم الحلال بشراء الصيد
لانه لو اشتري الذمي خمرا او خنزيرا ثم باع من المسلم لا يجوز فكذا اذا وكل من المسلم بشرايها حيث يصير
في الحكم كانه اشتري خمرا او خنزيرا ثم باعهما من مسلم الحاقا للشبهة بالحقيقة قوله ولهذا اذا اختلفا في

لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذا ان كان حرا متعلق حقوق العقد

الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد يشكل الفرق بين الرد بالعيب وبين ما اذا
استحقت الجارية من الموكل وقد استولدها فانه يصير مغرورا من البايع لا من وكيله حتى يرجع بالثمن وقيمة
الولد على البايع والوكيل هو الذي يلي الخصومة في ذلك مع البايع لان الموكل كالمشتري بنفسه من البايع
من وجه ومن الوكيل من وجه ثم من حيث انه كالمشتري من البايع يستحق الضمان في ذمة البايع لا في
ذمة الوكيل ومن حيث انه كالمشتري من الوكيل يكون الطالب بايفاء ذلك هو الوكيل توفيرا على الامرين
حظهما بالقدر الممكن كذا في الذخيرة في كتاب الغرور فكما وفر على الامرين حظهما في حكم الغرور من هذا
الوجه وجب ان يوفر في العيب ايضا بان يكون الرد بالعيب على البايع والوكيل هو الذي يلي الخصومة
والا فلا فرق وايضا التحالف بعد القبض على خلاف القياس بالنص والنص قد ورد في التبايع الحقيقي
فان عليه اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا وقد اريد به حقيقة التبايع فسقط الحكمي عن
الارادة والثابت بخلاف القياس يقتصر على مورده الا ان يكون غيره مثله من كل وجه ثم يلحق به دلالة
والحكمي مع الحقيقي لا يتماثلان من كل وجه فيبقى التحالف قبل القبض وبعده كما يجري اطلاق المصنف على
المبادلة الحكمية مشكل قوله ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فان قيل رجوع الحقوق
مختلف فيه فيكون معذورا بهذا الجهل قلنا المقصود من التوكيل عادة الاستعانة وذلك برجوع الحقوق
اليه كذا في الحاشية وفيه نظر لان الاستعانة تحصل بصحة التسليم والتسلم من الوكيل ولا حاجة فيها
الى رجوع الحقوق اليه على معنى انه ان امتنع يجبر فلا يكون كونه استعانة دليلا على علمه برجوع الحقوق
اليه الا يرى ان معنى الاستعانة المقصودة من التوكيل تحصل اذا كان الوكيل ممن لا يتعلق به
حقوق العقد مع عدم رجوع الحقوق اليه فعلم ان تحقق معنى الاستعانة لا يحتاج الى رجوع الحقوق
اليه فالاوجه ان يقال ان الاصل في المسائل المجتهد فيها العلم بها فما لم يقم الدليل على الجهل يحكم بالعلم
ثم لو ثبت الجهل وجب ان يكون معذورا ولا يكون له ولاية الرجوع الا ان الدليل الاول الذي ذكره
المصنف يقتضي الرجوع مطلقا فقلنا بالرجوع عند الجهل ايضا قوله فيكون راضيا بدفعه من ماله فكانه
امره به فيرجع عليه لا يقال لو كان الرجوع باعتبار الامر لما رجع قبل الاداء كالمامور باداء الدين لانا نقول
هذا دليل على ثبوت ولاية الرجوع له بعد الدفع اما قبله فبالدليل الاول فان قلت الوكيل بالشراء يقضي
دينه لا دين الموكل اذ الثمن يجب في ذمة الوكيل دون الموكل ففي الذخيرة ان شرى الوكيل يوجب
دينين دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل فلا تأثير لرضاء الموكل في ثبوت ولاية الرجوع
قلت قد ذكر في الكافي في اول الكفالة ان الثمن يجب في ذمة الموكل والمطالبة على الوكيل الا يرى
ان البايع لو ابرأ الموكل عن الثمن صح وهكذا ذكر الشارح وغيره ثمه فلعل في المسئلة روايتين وهذا
الدليل بناء على احديهما قوله قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس وكل

بما اذا

بما اذا وكل رجل عبدا ليشتري له نفسه من مولاه فاشترى له نفسه من سيده فهو للآمر ولو اراد البايع
ان يحبس العبد حتى ياخذ الثمن لم يكن له ذلك لان العبد في يد نفسه والمبيع اذا كان في يد
الوكيل بالشراء حاضرا في مجلس الشراء لا يكون للبايع حق الحبس لانه بالعقد يصير مخليا بين المبيع
والمشتري وصار قابضا بنفس الشرى وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه او لغيره والوديعة
حاضرة في مجلس البيع فانه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا في الكافي ولا يخفى ان التخلية
التي تحصل بنفس الشرى مما لا يمكن التحرز عنه ومع ذلك يسقط به حق الحبس وجوابه ان التخلية
بين المبيع والمشتري مما يمكن التحرز عنه في الجملة وان كان لا يمكن في هذه الصورة باتفاق الحال
بخلاف الاحتراز عن وقوع المبيع في يد الموكل عند قبض الوكيل فانه لا يمكن الاحتراز عنه في
شيء من الصور فكان من الضروريات قوله فان حبسه فهلك كان مضمونا واعترض بانه
ينبغي ان يهلك مضمونا حبسه او لم يحبسه اذ الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري والمبيع يهلك مضمونا
على البايع حبسه او لا والجواب اما على طريق ان يقع قبض الموكل ثم بالحبس يصير مستردا فظاهر
لانه قبل الحبس في قبض الموكل وهو كالمشتري من الوكيل والمبيع اذا كان في يد المشتري لا يكون
مضمونا على البايع بمعنى سقوط الثمن بخلاف المبيع في يد البايع فانه قبل الحبس في قبض البايع
فيهلك مضمونا عليه وان لم يحبسه واما على طريق ان يقع قبض الوكيل موقوفا فكذلك لانه عند الهلاك
قبل الحبس يجعل قبضا للموكل حتى يجب ضمان الثمن عليه وهذا لانه انما يجعل قبضه موقوفا لتوهم حبسه فاذا
لم يبق حبسه ممكنا جعلناه للآمر فيكون هلاكه في قبض المشتري وهو لا يوجب الضمان على البايع ولو سلم
ان قبضه لا يقع للموكل عند الهلاك فهو لا يقع للوكيل ايضا فلا يكون مضمونا عليه والحاصل ان المبيع
انما يكون مضمونا عليه بمعنى سقوط الثمن اذا كان المبيع في قبضه وهو لا يكون في قبض الوكيل الا بالحبس
لانه قبل الحبس في قبض الموكل او حاله موقوف فلا يضمن الا بالحبس بخلاف البايع فان المبيع يكون
في قبضه حتى يسلمه الى المشتري حبس او لم يحبس فيهلك مضمونا عليه وان لم يحبسه وقد اجيب بان الوكيل
كالبايع في حق الحقوق رسول في حق الملك وفعل الرسول كفعل المرسل فمن حيث انه بايع يهلك مضمونا
اذا حبسه ومن حيث انه رسول يهلك امانة اذا هلك قبل الحبس توفيرا على الشبهين حظهما قوله
لان الزيادة هنا بدل ملك الموكل فيكون له واعترض في الحاشية بان هذا يتاتى في اللحم ايضا فانه
بدل ملكه وجوابه ان الدرهم كله لا يجب على الموكل حتى يكون اللحم بدل الدرهم الذي في ملك الموكل
بل نصف الدرهم يجب في ذمة الوكيل ثم حاصل الفرق بين التوكيل بشرى اللحم والتوكيل ببيع العبد
ان المقصود في الاول شراء عشرة ارطال من اللحم دون صرف الدرهم كله فيراد بعبث الدرهم
ثمنا ظنا منه انه لا يوجد هذا المقدار من اللحم الا بدرهم فلما اشترى عشرين رطلا بدرهم لم يكن

يها

قوله ارطال لحم الرطل بنصف الدانق
وكلها نصف درهم لم يذكر الخلاف في
الاصل فقال لزم الامر عشرة منها بنصف درهم
والباقي للمامور

راضيا بالزيادة فيكون للوكيل بخلاف مسألة العبد اذ المقصود هو بيع العبد الا انه عين الالف ثمنا كيلا ينقص باقل منه فلما باع بالفين كان ارضى به قوله لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه واعترض هنا بوجوه الاول ان الوكيل بنكاح امراة بعينها اذا نكحها بمثل المامور به يصح النكاح عن الوكيل وفيه تغرير الامر والثاني ان الثمن لو كان مسمى فاشترى الوكيل بخلاف جنسه او لم يكن مسمى لكنه اشتراه بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني عند غيبة الاول يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه مع ان فيه تغرير الامر والثالث ان التغرير حرام والحرمة للغير لا يمنع جواز البيع قلت اما الجواب عن الاول فلان التغرير حرام فوجب الاحتراز عنه والحمل على الصلاح ما امكن في الوكيل بالشراء اذا اشترى لنفسه ولم يخالف الامر بوجه يجعل شراؤه للموكل باثبات الملك له دفعا للغرور عنه وقد امكن ذلك لان حكم الشراء مما يحتمل الفصل عن السبب كما مر بخلاف النكاح فانه من الاسقاطات وهي لا يحتمل الفصل عن اسبابها فالوكيل بنكاح امراة بعينها اذا نكحها لنفسه يصح النكاح منه لتعذر جعله للموكل اذ لو جعل له يلزم فصله عن السبب فيتحمل الغرور ضرورة انه لا سبيل الى دفعه بخلاف ما اذا خالف الامر حيث لا يمكن دفع الغرور ايضا بالزام العقد على الامر لانه لم يرض بهذا العقد وبالجملة انه متى امكن دفع الغرور بنفاذ العقد على الامر ولا نعني الوكيل واما عن الثالث فظاهر لانا لا نحكم هنا بنفاذ العقد دفعا للغرور بل بوقوعه للامر دفعا للغرور وهذا ليس من الفساد في شيء وذكر في الذخيرة الفرق بين الوكيل بشراء عبد معين والوكيل بنكاح امراة بعينها ان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح يضيف النكاح الى موكله فيقول تزوجتك لفلان فاذا قال تزوجتك فلم يات بالنكاح المامور به فينفذ على الوكيل اما الداخل تحت الوكالة بشراء شيء بعينه شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لا الشراء المضاف الى الموكل وقد اتى بذلك والوكيل اذا اتى بما دخل تحت الوكالة يقع لموكله هذا كلامه وقد يشكل بان الشراء المطلق ان كان داخلا تحت الوكالة فالشراء مع الاضافة الى الوكيل غير داخل فيه والكلام في الشراء الذي يضيف الوكيل الى نفسه بان يقول الوكيل بشراء شيء بعينه اشتريته لنفسي قوله ولان فيه عزل نفسه الخ ورد بحث اما اولا فلانه عزل حكمي وعزل الموكل وكيله بالعزل الحكمي بان باع عبدا وكله ببيعه لا يتوقف على علم الوكيل بخلاف العزل القصدي فكذا عزل نفسه اذا كان حكميا بان اشترى لنفسه ما وكل بشرائه للموكل يجب ان لا يتوقف على علم الموكل واما ثانيا فلان شراءه لنفسه بخلاف جنس الثمن الذي سماه الموكل او بالعروض ايضا عزل لنفسه مع ان ذلك يقع من الوكيل والجواب اما عن الاول فلان العزل الحكمي انما يثبت بغير محضر من الاخر لانه لا يقبل الرد وعزل الوكيل نفسه في ضمن شراء شيء وكل به لنفسه عزل يحتمل الرد بان يجعل شراؤه هذا لموكله فيعتبر عزلا قصديا كما صرح به في الذخيرة في كتاب الحيل حتى لو لم يمكن جعله للموكل

بان اشترى

حاصل جواب ان الشرى المضاف الى الموكل كالمطلق لصحة الغاء الاضافة دفعا للغرور والمطلق يقع عن الموكل فكذا المضاف اليه بمعنى الغاء الاضافة فيه لدفع الغرور ولا يمكن الغاء الاضافة الى نفسه في النكاح لانه يبقى لا ما يحمل مطلقا عن الاضافة والنكاح المطلق عنها لا يقع عن الموكل لانه من الاسقاطات فلا يقبل الغاء الاضافة فيه فامتنع دفع الغرور فيتحمل والمضاف ليس بداخل تحت التوكيل فيقع للوكيل ضرورة

بان اشترى ذلك الشيء لنفسه بالعرض او بجنس اخر من الثمن الذي عينه الموكل او بالزيادة عليه وقع عن الوكيل وينعزل عن الوكالة بغير علم من الموكل لانه عزل لا مرد له وبهذا خرج الجواب عن الثانية ثم للوجه الانعزال عن الوكالة بشرائه لنفسه سوى ما ذكروا من انه حينئذ لا يملك الشراء للموكل من حيث ان الوكيل بالشراء لا يملك ان يشتري عبدا للموكل وذلك مشكل اذ يمكن للوكيل ان يشتري هذا العبد من بائعه ثانيا للموكل وينتقض بذلك فسخ البيع الاول الا يرى ان الوكيل بشراء عبد بغير عينه اذا اشترى عبدا فاختلفا فقال الموكل اشتريته لنفسك وقال الوكيل اشتريته لك والعبد حي فالقول للوكيل عند ابي يوسف ومحمد وعللوه بانه يملك استئناف الشراء للموكل بان يشتريه ثانيا من البائع فينتقض ذلك فسخ البيع الاول وجوابه ان ما ذكر من انه يملك استئنافه بالوجه المذكور فذلك تخريج ابي يوسف ومحمد رحمه واما على تخريج ابي حنيفة رحمه فغير مسلم كيف والوكيل لا يستبد بالشراء ثانيا فكيف يعتبر مالكا للانشاء فيحمل قوله ولان فيه عزل نفسه والوجه الذي ذكروا في الانعزال على تخريج ابي حنيفة رحمه قوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل هذا اشارة الى اختلافهم في اشتراط حضور الموكل لصحة العزل وذكر المصنف رحمه في باب الوصي فرقا بين الوصي والوكيل فقال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجهه وردها في غير وجهه فليس برد بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه قادر على التصرف الى هنا كلامه وقال الشارح هناك هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة والقاضي الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه بغير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان في الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اخرج نفسه لا يملك الا بمحضر من الموكل ثم العجب من الامام قاضيخان انه ذكر في الجامع الصغير رحمه هذا ما يوافق رواية الهداية فقال لا فرق بين هذا اي بين الوصي وبين ما لو وكل رجلا فرده الوكيل يصح رده سواء رد في وجه الموكل او في غير وجهه لان في الوكالة الموكل قادر على التصرف بنفسه فلو صح الرد لا يتضرر الموكل ولا يصير مغرورا والله اعلم بصحته تم كلامه قلت لما كان في اشتراط حضور الموكل لصحة العزل اختلاف الروايات فلا عجب ولا اشكال قوله فاشترى بخلاف جنسه بان كان امره بالشراء بالف درهم فاشترى بمائة دينار او بالعكس جعل محمد رحمه الدراهم والدنانير في هذه المسئلة جنسين مختلفين وكذا في مسئلة الشهادة حتى ان احد الشاهدين اذا شهد بالدراهم والاخر بالدنانير او شهدا بالدراهم والمدعي يدعي الدنانير او بالعكس لا يقبل الشهادة وكذا في باب الاجارة حتى ان من استاجر من اخر دارا بدراهم واجرها من غيره بدنانير او على العكس ويتم الثانية اكثر من الاول يطيب له الزيادة وقد اعتبرتا جنسا واحدا في تكميل نصاب احدهما بالاخر وفي باب الاكراه فان المكره على البيع بالدراهم لو باع بالدنانير او على العكس كان

بيعه مكرها وصاحب الدراهم لو ظفر بدنانير من عليه كان له ان ياخذها بجنس حقه كما لو ظفر بدراهم كما
رواية شاذة عن محمد رحه واذا باع شيا بالدراهم ثم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن او على العكس والثانية
اقل قيمة من الاول كان البيع فاسدا استحسانا قوله ولو انتزى الثاني بحضرة الاول نفذ على الموكل
لانه حضره رايه وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان
فعل الاول جعل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق فلا يقع دونه وهذا من قبيل الاثباتات فلا يقبل
التعليق كذا في بعض الشروح واعترض عليه بان التوكيل بالطلاق يرتد برد الوكيل ويصح عزل
الوكيل عنه فلو كان بمنزلة التعليق بعبارته لما صح العزل من الموكل ولا الرد من الوكيل وبانه لو وكل
وكيلين بالطلاق فطلق احدهما صح فلو كان هذا التوكيل تعليقا للطلاق بعبارتهما لما صح الطلاق
من احدهما لفقد شرط وهو عبارتهما والجواب ان التوكيل في الحقيقة انابة واستعانة وفيه معنى التعليق
ايضا من حيث انه انابة واستعانة قلنا بانه يصح عزل الموكل ورد الوكيل اذ الموكل ربما يتخفف عما
وكل به وجواز التوكيل لدفع الضرر فيعود الامر الى موضوعه بالنقض وكذا الوكيل يتضرر بعدم صحة
الرد على ما لا يخفي ومن حيث انه تعليق قلنا لا يصح طلاق غيره ولئن كان يحضره عملا بالاعتبارين
فالاعتراض انما يتوجه لو كان التوكيل تعليقا محضا وليس كذلك الا يري ان التوكيل بما لا يحتمل
التعليق صحيح ولو كان تعليقا محضا لما صح وذكر الشارح نقلا عن الذخيرة ان الوكيل بالطلاق والعتاق
رسول لان العمل بحقيقة الوكالة متعذر لان التوكيل تفويض للراي الي الوكيل وجعله بمنزلة المالك
وتفويض الراي انما يتحقق فيما يحتاج فيه الي الراي والطلاق والعتاق المزدكان لا يحتاج فيهما الي
الراي فتعذر العمل بما يقتضيه حقيقة الوكالة فجعلناها مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول
ينقل عبارة المرسل فصار مامورا بنقل عبارة الامر لا بتي اخر وتوكيل الاخر والاجازة ليس من النقل في
شي فلذلك لم يملك التوكيل بخلاف البيع ونحوه فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه ما يحتاج فيه الي الراي
فاعتبروا المامور وكيلا والوكيل كالمالك من حيث ان الراي مفوض اليه والمالك كان يملك مباشرة البيع
والاجازة فكذا الوكيل الي هنا لفظه وفيه نظر لان الوكالة في الطلاق والعتاق المزدين لو كانت رسالة
في الحقيقة لزم على الوكيل بهما ان يقول فلان ارسلني اليك وقال اني اعتقتك او طلقتك كما يقول في
البيع ان فلانا ارسلني اليك وقال اني بعت منك هذا العبد فيلزم ان يكون الوكيل في الطلاق
والعتاق مخبرا من طلاق وعتاق اوقعهما الموكل وان يقع الطلاق والعتاق قبل اخباره لاستبداد
الزوج والمولي بايقاعهما وايضا التوكيل عبارة عن تمليك التصرف الذي يملكه الموكل احتاج
ذلك التصرف الي الراي اولا اليه اشار المصنف في غير موضع وذلك ان الوكالة شرعت للحاجة ومي
قد تمس فيما لا يحتاج الي الراي ايضا والجواب ان معنى الرسالة في التوكيل بالطلاق والعتاق

المزدين غالب من حيث ان الحقوق راجعة الي الموكل كما في الرسالة وانه ليس فيه تفويض الراي
كما لا يكون ذلك في الرسالة فلغلبة معنى الرسالة فيه صار كانه مجاز عن الرسالة ولكنه ليس برسالة
حقيقة حتى يلزم على الوكيل ان يقول مثل ما يقوله الرسول فيكون اخبارا عن طلاق وعتاق اوقعهما
الموكل لا انشاء لهما ولما كان معنى الرسالة فيهما غالبا قلنا بانه لو وكل وكيلا وطلق او اعتق بحضرته
لا يصح ذلك كما لا يصح في الرسالة وهذا هو مطلوب الذخيرة والله اعلم قوله حملا لحاله على
ما يحل له شرعا او يفعله عادة قلت كلا التعليلين للمسئلة الاولي دون الثانية اما الاول فلان الشراء
لنفسه باضافة العقد الي دراهم غيره حرام اما الشراء لغيره باضافة العقد الي دراهم نفسه فليس بحرام
اما الثاني فلانه وان كان يصلح تعليلا للثانية لان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الي
دراهم نفسه يكون لصاحب الدراهم لا لان المصنف ره جعله تعليلا على على المسئلة الاولي حيث قال اذ
الشراء لنفسه باضافة العقد الي دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وذكر في الكافي قوله حملا تعليل للمسئلة
الاولي وقوله او يفعله عادة للثانية ويجوز ان يكون التعليلان للمسئلة الاولي والحكم في الثانية بطريق
الدلالة لانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الي دراهم غيره فكذا لا يحل ان يشتري لغيره
ويضيف الي دراهم نفسه وكذا على العكس هذا كلامه وفيه نظر اما اولا فلما ذكرنا ان الشري لغيره
باضافة العقد الي دراهم نفسه ليس بحرام صرح بذلك في حاشية الكبير فلا يمكن ان يثبت الحكم
في المسئلة الثانية بدلالة التعليل الاول لان بقال الشراء لغيره مع اضافة العقد الي مال نفسه
لئن كان لا يحرم عند التصريح بانه يشتريه لغيره لكنه ينبغي ان يحرم ذلك عند اطلاق العقد وعدم
اضافته الي الغير صريحا وذلك ان العقد المضاف الي دراهم العاقد لا يكون الا لنفسه عادة والمعتاد كالمشروط
ولو شرط الشراء لنفسه بان قال اشتريت لنفسي لم يحل له بعد ذلك الزام هذا العقد على غيره لما فيه من
الاضرار بالبايع فانه ربما يرضى بالبيع على ان يكون العاقد هو الاصيل فيه ولا يرضى به على ان
يكون هو وكيلا عن غيره لمصلحة دعت اليه فتي اضاف الشراء الي مال نفسه باع المال منه معتمدا
على انه يشتريه لنفسه فلو ظهر بعد ذلك انه اشتراه لغيره تضرر به البايع فلا يحل للمشتري ذلك نظرا
هو الاجتناب عما لا يحل فيكون العقد للمامور دون الامر واما ثانيا فكما ذكرنا ان قول المصنف اذ الشراء
لنفسه باضافة العقد الي دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا يابى ان يجعل قوله او يفعله دليلا على الثانية
وان كان هو يصلح دليلا عليه بقطع النظر عن تعليل المصنف بقوله اذ الشراء الي اخره قوله مستنكر
شرعا حيث ينتفع به من حيث نقد الثمن به وفي الشيء لانه يصير غاصبا للدراهم الامر وفيه نظر قوله
وهو الرجوع لانه دعوى الرجوع او سبب الرجوع وهو العقد وفيه بعض النسخ وهو بهذا يزيل الرجوع
وهذا الظهر قوله لانه موضع تهمة وذلك ان الظاهر ان يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره

قوله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا اي قوله يشتريه بمال الموكل بالاجماع ومطلق لا تفصيل فيه فيجب ان يحمل على صورة الاضافة التي هي المجمع عليها ولا تفصيل فيها فقوله هذا او قوله هو عبارة عن قوله يشتريه بمال الموكل ويمكن ان يكون قوله وهذا اشارة الى ما اضيف الي مال الموكل وقوله وهو اشارة الى قوله يشتريه بمال الموكل يعني لان في النقد تفصيلا وخلافا وصورة الاضافة مجمع عليها وقوله او يشتريه بمال الموكل مطلق يحتمل الاضافة فيحمل عليها لانه ذكر الاطلاق فيحمل على ما لا خلاف فيه وهو الاضافة

فيحكم هذا للظاهر بانه اشتراه لنفسه ثم اذا لم يرد في الصفقة خاسرة الزمها الآمر فان قلت ان اشتري بمثل القيمة فلا نسلم ان للصفقة ليست بخاسرة وان اشتري بزيادة لا يتغابن الناس فيه فلا خلاف في ان هذا الشراء يقع للوكيل قلت جاز ان لا يكون الصفقة خاسرة في الحقيقة ولكن العاقد يظنها خاسرة فيلزمها الآمر بناء على زعمه فان قلت لا تهمة لانه يملك الاستيناف كما قالا اجيب بمنع ذلك عند ابي حنيفة لان الاستيناف لا يمكن الا بتراضيهما ثانيا مع البايع لتفضيه فسخ البيع وربما لا يتفق ذلك بان غاب البايع او لم يرض بالبيع ثانيا وفسخ البيع الاول قوله ثم اختلفا والعبد حي فان قيل ما الفايدة في قوله والعبد حي والمسألة في العبد المعين وفي المعين يتعين التصرف للموكل بالنظر الي الدليل سواء كان العبد حيا او ميتا قيل كذا في الحاشية قلنا ذكر في الكفاية ان هذه المسألة على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون مامورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا فان كان مامورا بشري عبد بعينه فان اخبر عن شرائه والعبد حي فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد الرجوع بالثمن والآمر منكر وان كان الثمن فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعي الخروج عن عهدة الامانة فكان القول قوله وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك وقال الآمر اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه الي اخر ما ذكر في الكتاب فظهر ان المسألة في التوكيل بشراء عبد بعينه تختلف في الحي والميت فصح التقييد بقوله والعبد حي احترازا عما اذا كان ميتا واما قوله نظرا الي الدليل فنقول بل الدليل دل على خلافه لانه لا يملك استيناف الشراء اذا كان العبد ميتا وما يقال ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك الشراء لنفسه فالظاهر انه اشتراه للآمر فينبغي ان يكون القول للمامور وان كان العبد ميتا قلنا لم الظاهر لا يكفي للالزام والمامور يريد الرجوع بالثمن على الآمر اذا كان العبد ميتا والثمن غير منقود قوله لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فان قلت ان كان لا يملك بمثل ذلك الثمن فقد يملك بخلاف جنسه وبغير النقود فيحتمل ان اشتراه لنفسه ثم لما رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر قلت نعم انه يملك شراءه لنفسه بهذا الطريق ولكن لا شك انه فيه تغرير الآمر وانه حرام فالظاهر انه لا يباشره قوله اقرار منه بالوكالة فان قيل لا نسلم بانه اقرار بالوكالة وجاز ان يكون فضوليا في الشري فنقول الظاهر من حال ان لا يتصرف على الغير بما لم يعتبر اذنه كذا في الحاشية وفيه نظر

الا ان هذا انما يكون ظاهرا من حاله لان كان تصرف الفضولي حراما متضمنا ضرر الغير وليس كذلك بل هو حلال نافع للغير على ما عرف في فصل الفضولي والظاهر من حال الانسان الاجتناب عن الحرام لا عن الحلال فالاوجه ان يقال شري الفضولي لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فلو لم يحمل على التوكيل لضاع قوله لفلان وبلغوه والاصل عدم الالغاء قوله وعليه العهدة لانه كان متصلا بقوله لم يكن له فالضمير في عليه للمامور وعلى المامور عهدة لزوم العقد لانه ينفذ العقد على المامور وان كان متصلا بقوله الا ان يلتمس فالضمير للآمر وعلى الآمر العهدة لانه عهدة الاخذ بتسليم الثمن الي المامور وعلى الاول قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي دليل على قوله فيكون بيعا وعلى الثاني دليل على قوله وعليه العهدة قوله لانه لم يلزم المشتري العقد لان شري الفضولي يلزمه العاقد ولا يتوقف على الاجازة ثم لذا سلمه المشتري له يكون بيعا بالتعاطي قوله لان في تعيين المبيع تعيين البايع لانه لما عين المبيع فقد عين مولاه لانه يبيعه ولا يتصور الامن مولاه فكانه قال اشتر لي هذا العبد من مولاه كذا في الحاشية وقد يقال تعيين المبيع لا يوجب تعيين البايع اذا الشراء قد يكون من المولي وقد يكون من عبد ماذون له وقد يكون من وكيله فصار كالو وكله بشراء عبد بغير الثمن اللهم الا ان يكون هذا بناء على الاغلب اذ الغالب ان الشري لا يكون الا من المولي قوله انها تتعين في الوكالات وفي الذخيرة الدراهم والدنانير لا يتعينان قبل التسليم بالخلاف لان الوكالة وسيلة الي الشراء فتعتبر بنفس الشراء وهما لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه واما بعد التسليم الي الوكيل هل يتعينان بعضهم قالوا يتعين لان الوكالة وسيلة الي الشراء فيعتبر به وهما يتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل امانة وهما يتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفايدة النقل والتسليم على قولهم شيئان احدهما توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فالعرف ان الموكل اذا دفع الدراهم الي الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب له عليه لان شراء الوكيل يوجب دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل هذا لفظه فقوله انها تتعين في الوكالات ممنوع على قولهما كما هو مذهب العامة وبهذا صرح في الذخيرة في هذه المسألة حيث قال هما يقولان بان الدراهم لا يتعينان في الاشرية فلغت الاضافة اليها فهذا تعليل بما هو سبب النزاع واول المسألة ثم يشكل على القول بانها تتعين في الوكالة ما اذا دفع الي رجل الف درهم وقال ادفعها الي فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها فانه لا يكون متبرعا ولم ان يحبس الالف كرفع اليه لحقه فلو تعينت الدراهم المدفوعة في الوكالة كان الوكيل مامورا بقضاء الدين من تلك الدراهم فاذا قضى من دراهم نفسه صار قاضيا بغير امره فيجب ان يكون متبرعا والجواب ان الدراهم وان كانت تتعين في حق الوكالة بعد القبض حتى يبطل الوكالة بهلاكها فهي لا تتعين في حق القضاء الا بعد ... الطالب

لن يدفع الي الطالب دراهم غير ما دفع الي الوكيل وان القضاء لا يسقط بهلاكها واذا لم يعتبر هذا التعيين
في حق القضاء صار في حقه كانه قال اقض عني فيكون قاضيا بامره باعتبار جانب القضاء ولا يكون
متطوعا وباعتبار جانب الوكالة يصير قاضيا بغير امره فيكون متبرعا فلا يجعل متبرعا بما ادى بالشك كذا ذكر
في الذخيرة وفيه بحث لانه لما دار بين ان يكون متبرعا او قاضيا بامره وجب ان لا يجعل قاضيا بامره بالشك
وبعبارة اخرى انه لما اقتضى جانب الوكالة ان يكون متبرعا واقتضى جانب القضاء ان لا يكون متبرعا
وقع الشك في وجوب الضمان له على الدافع وفي ثبوت ولاية حبس الدراهم المدفوع حقا لنفسه وكل ذلك
لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك وايضا هذا يقتضي ان لا يتعين الدراهم الدين في حق الشرى ايضا الا يرى
ان الموكل لو اشترى بغيرها جاز ولو هلكها لا يبطل ولاية الشراء بعين ما ذكر في القضاء فلا يصح
بناء مسئلة الشراء من قبل ابي حنيفة على تعين الدراهم في الوكالات كما ذكره المصنف وايضا لو
دفع الي رجل دراهم ووكله بان يقضي به دينه فباع الوكيل من الطالب دنانير او عروضا بدينه
يصير متطوعا فلولم يتعين الدراهم المدفوع الي الوكيل بقضاء الدين في حق القضاء لما صار متطوعا
كما لو امر بقضاء الدين ولم يدفع اليه شيئا فباع الوكيل من الطالب دنانير او عروضا بدينه حيث يجوز
ذلك على الموكل ولا يصير متطوعا ثم ذكر في نوادر هشام عن محمد رحمه الله دفع الي رجل الف درهم وامره ان
يعطيها غريمه فاعطيه المامور غيرها من عنده او باعه بها ثوبا او كان للمامور على الغريم الف
درهم فجعلها قصاصا منها فهذا كله جائز قال هشام بعض للبلوى متطوعا فيما ادى ~~تمامها منها اعلم~~
~~قال هشام يجب لا~~ كذا في الذخيرة قلنا انه نمنع قوله وذلك لا يجوز وهذا لان الموكل لا يملك
تمليك الدين من غيره فلا يملك التوكيل به ايضا فان قلت هذا الوجه يقتضي ان لا يصح التوكيل وان
عين البايع لان الموكل لا يملك الشراء من شخص معين بدين على الوكيل فلا يملك الامر به ايضا قلت
جوابه سيأتيك ثم انما لا يجوز تمليك الدين من غير من عليه لان تمليك اسقاط من وجه لكونه وصفا والحلال
انما يتصور في حق من عليه دون غيره الا اذا وكله بالقبض لانه بالقبض يصير مالا من كل وجه ثم يتملكه
القابض فيكون هذا تمليك العين في الحقيقة وذلك جائز قوله او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بقبضه
ومعنى هذا الترديد ان هذا التوكيل ان اعتبر توكيلا بالشراء بالدين من حيث هو يلزم الامر بتمليك
الدين من غير من عليه وان اعتبر توكيلا بالشرى بعين ما يقبض به الدين كان امرا بصرف ما لا يملكه
الا بقبضه وهذا الامر عديم بمنزلة قوله لانه يصير وكيلا عنه بالقبض ثم يتملكه فان قلت هذا يشكل
فيما اذا اشترى بدين له على آخر حيث لا يجوز وان امكن ان يجعل البايع وكيلا عنه بالقبض قلت
عدم الجواز هناك لكونه بيعا شرط فيه اداء الثمن على الغير ولان البايع لو صار وكيلا بالقبض يصير
وكيلا في ضمن المبايعة فلا بد ان يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والمبايعة لم يثبت لما فيه من تمليك

الدين من غير من عليه فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت بامر الامر
وان يسبق الشراء وهذا بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه حيث تصح الهبة ويثبت الامر
من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك فيه يتوقف الي اوان القبض فيكون التوكيل
بالقبض سابقا على التمليك معنى كذا في الشامات وفي الجوابين نظر اما في الاول فلانه انما يلزم اشتراط
اداء الثمن على الغير لو تعينت الدراهم والدنانير في العقود وهما لا يتعينان في العقود عينا كانت
او دينا فلغت الاضافة الي الدين وبقي العقد مضافا الي مطلقها ولان البايع لو جعل وكيلا بالقبض
من المشتري ثم يتملكه لكان المودي على ذلك التقدير هو المشتري دون المديون فلا يلزم فيه اشتراط
الثمن على الغير واما في الثاني فلان التوكيل بالقبض فيما نحن فيه لن كان يسبق الشراء فهو لا يسبق
التوكيل بالشرى بل يثبت في ضمن التوكيل به فلا بد وان يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والتوكيل
بالشراء لا يمكن ان يثبت قبل ثبوت التوكيل بالقبض لما فيه من الامر بتمليك الدين من غير من عليه والامر
به باطل كبطلان التمليك فلا يثبت المتضمن ايضا ولا يخفي ان الحاجة هنا الي التوكيل بالقبض انما هي
لتصحيح التوكيل بالشرى لا لتصحيح الشراء والتوكيل بالقبض على انا لا نسلم ان البايع لو صار وكيلا بالقبض
يصير وكيلا في ضمن المبايعة متاخرا عنه لان ضرورة وكيلا لتصحيح التمليك فيكون ثابتا بالاقتضاء والمقتضى
يثبت سابقا وما ذكره هذا الشارح يقتضي ان يكون صيرورته وكيلا بطريق الاشارة دون الاقتضاء وهو غير
مستقيم لانه لازم متقدم والمتقدم من اللازم مقتضى وليس باشارة على ما عرف في الاصول فالاظهر في الجواب
ان يقال انما لا يصح الشراء بدين له على اخر لان الدين لا يعتبر مالا الا في حق الدائن والمديون لانه
وصف حقيقة مال باعتبار عاقبة الايفاء والاستيفاء فلا يظهر ماليته الا في حق من له ولاية الايفاء والاستيفاء
وهو الدائن والمديون فاذا لم يكن مالا في حق غيرهما كان الشراء بدين على غيره مبادلة مال بغير
مال وانه باطل اذ الثمن المسمى لابد وان يكون مالا وتوكيله بالقبض لا يوجب كونه مالا حال التسمية فلا
يكتفى بها لصحة الشراء وهذا بخلاف التوكيل بالشراء بدين على الوكيل فان ذلك ليس بامر بتسمية الدين
وجعله ثمنا حتى يلزم تسمية ما ليس بمال بل هو امر باداء الثمن من الدين وتعيين للدين لاجل التسليم
الي البايع وتعيين للوكالة به

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد قوله لان بيع نفس
العبد منه اعتاق وهذا لانه تعذر جعله بيعا حقيقة لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد ليس من
اهله فيجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيهما كذا في الكافية وهكذا في بعض الشروح وهو
تصريح منهم بان الجامع بينهما هو ازالة الملك وفيه نظر لانهم لم يجوزوا استعارة الفاظ الطلاق للعتق بجامع
ازالة الملك فيهما وعللوه بان الاستعارة انما تقع باعتبار المناسبة في المعنى الخاص المشهور الذي وضع كل
واحد منهما له ولا مناسبة بينهما من هذا الوجه لان معنى الطلاق رفع القيد لان الاطلاق عبارة عنه واما

الاعتاق فاثبات القوة الشرعية لان ذلك معناه لغة وليس بين ازالة القيد لتحصل القوة الشرعية
لان ذلك معناه لغة وليس بين اصلها وبين اثباتها بعد العدم مشابهة كما ليس بين اطلاق الحي واحياء
الميت مشابهة فما هذا الا كاستعارة اسم الحمار للزكي والاسد للجبان الي هذا اشير في البزدوي فظهر
ان المشابهة في معني الازالة لا يكفي لصحة استعارة لفظ البيع كما لا يكفي ذلك لاستعارة لفظ الطلاق
له فالاولي ان يقال الجامع بينهما هو معني المعاوضة لان البيع انما يجعل هنا مجازا عن الاعتاق بمال وهو
معاوضة **قوله** وكذا لو قال بعت نفسك ولم يقل لفلان لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا
بالشك **فان قيل** ينبغي ان يقع الشرا للموكل عند الاطلاق لان الحقيقة اصل وعلي تقدير وقوع
العقد للموكل يكون الشري علي الحقيقة ولو وقع للعبد يكون مجازا عن الاعتاق فتلك عارضت هذه
الجهة جهة اصالة اخري وهي ان الانسان يتصرف لنفسه لا لغيره ثم رجحنا هذه الجهة بعد المعارضة بحسب
مقصود البايع ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه علي تقدير وقوع الشري للموكل يفوت هذا الغرض
او نقول رجحنا جانب العتق لانه مندوب والمعاوضة مباحة محض كذا في الشرح **وفيه نظر** لان المعارضة
بين جهتي الاصالة انما هي في كلام العبد دون المولي وما ذكر من جهتي الترجيح فانما يتاتي بالنظر الي المولي
دون العبد فلا يترجح احد الاصلين في كلام العبد بهاتين الجهتين لانعدامهما في حقه نعم يترجح
بها احد الاصلين في كلام المولي ولكن لا معارضة في كلامه بين الجهتين والترجيح يستدعي التعارض
فالاولي ان يقال انما يترجح هذه الجهة من حيث ان الاعتاق من اهم امور العبد واعظم مقاصده لانه
وسيلة الي نيل السعادات الدينية والدنيوية وزوال ما به يصير عرضة للتملك والابتذال والظاهر
من حال المرء ان يقصد اهم الامور واعظمها والحق ان لقائل ان يقول العبد وكيل بشراء شيء بعينه والوكيل به
لا يحل له ان يتصرف لنفسه لما فيه من التغرير بالامر والظاهر من حال المرء الاجتناب عن مثله فتعارض
الظاهران فبطل الترجيح **فصل** في البيع **قوله** ولانه تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع
منقطعة **فان قلت** اعتبر ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الاملاك والمنافع فيما بين الوالد والولد وغيرهما من المحارم
هنا منقطعة وقد اتفقوا علي اعتبارهما متصلة في رد الشهادة وعدم جواز وضع الزكوة **قلت** لاشك ان الاملاك
والمنافع فيما بينهم متباينة شرعا ومتصلة عادة فاعتبرا جهة الاتصال اذا باع منهم بالغبن اليسير وجهة
الانقطاع اذا باع بمثل القيمة ولئن كان البيع بالغبن اليسير كالبيع بمثل القيمة عندهما فنقول الاحتراز
عن الغبن اليسير متعذر فالتحق ذلك بمثل القيمة ولا تهمة اذا باع منهم بمثل القيمة فاعتبر الاملاك
فيه متباينة لانه ما باع منهم الا كما يباع من الاجنبي فانتفت التهمة والله اعلم **قوله** والامر بالشراء
خلاف ملك الغير فيصح الا من حيث انه تصرف في ملك الغير فاما من حيث انه امر بالتصرف في ذمته
لامر بالتزام الثمن عليه ابتداء او في اخر الامر فانه امر صحيح وبهذا سقط ما يقال انه لما لم يصح امره بالربح

وجب ان يبطل التوكيل به وان ينفذ الشري علي الوكيل دون الموكل لان الامر في لم يصح صار وجوده
كعدمه **قوله** فيفتقر الي القضاء الرد **فان قلت** فاذا اقر الوكيل كان القضاء مضافا الي اقراره فيجب
ان لا يكون ردا علي الموكل كما لو كان العيب مما يحدث مثله والرد باقرار الوكيل **اجيب** بان اقراره
مؤيد بقولهن او قول الطبيب فيكون القضاء مضافا الي قولهن او قول الطبيب لكن بعد التاييد
باقراره لا الي اقراره بخلاف ما اذا كان العيب مما يحدث مثله واقر به الوكيل لان القضاء هناك مضاف
الي اقراره **قوله** وهو رد علي الموكل لان الرد علي الوكيل في هذه الصورة وهو لا يشكل فيما اذا
رد علي الوكيل بعيب ظاهر والمدة معلومة للقاضي بالمعاينة او بالبينة او باليمين وانه مشكل فيما اذا
ثبت العيب بقول النساء او بقول الطبيب الواحد ثم رد عليه باقرار الوكيل بقضاء اذ الرد في هذه الصورة
مضاف الي اقراره وانه حجة قاصرة فيجب ان يلزم الوكيل لكن كان له ان يخاصم الموكل كما في العيب الذي
لا يحدث مثله علي ما ذكر في الكتاب اذ الحجة قاصرة في الصورتين **قوله** والوكيل مضطر في النكول
هذا جواب لسؤال وهو ان يقال اذا كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشتري شيئا وباعه
من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده علي المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده علي بايعه
والجواب ان الوكيل مضطر كذا في الحاشية وهذا مشكل لان الروايات منصوصة في باب خيار العيب ان
المشتري الاول اذا رد عليه المبيع بالاباء بيمين كان له ان يرده علي بايعه وكانه اراد انه لم يكن له ان
يرده بلا مخاصمة اي لا يكون الرد عليه ردا علي بايعه ولكن لا وجه لتخصيص هذا السؤال بصورة
النكول اذ الحكم في فصل البينة كذلك لان الرد بالبينة علي المشتري ليس برد علي بايعه والرد
علي الوكيل بها رد علي الموكل فالاظهر ان قوله والوكيل مضطر لبيان الفرق بين النكول
والاقرار اما الفرق بين الوكيل والمشتري الثاني فقد مر في خيار العيب **قوله** الا ان له ان
يخاصم **فان قلت** اذا اشتري عبدا وقبضه واراد ان يرده علي بايعه بالعيب فقال البايع هذا العيب
حدث عندك فاستحلف القاضي البايع فابي فرده عليه له ان يرده علي بايعه ولو لم ياب اليمين
ولكن اقر بالعيب فرده عليه باقراره لم يكن له ان يخاصم بايعه فيه ذكر المسئلة في المنتقي مطلقا
من غير تفصيل بين ما اذا كان الرد بالاقرار بقضاء او برضاء فما وجه الفرق علي هذه الرواية
بين الوكيل اذا رد عليه بقضاء بالاقرار وبين المشتري الاول **اجيب** بالتزام ان ما ذكر في المنتقي
محمول علي ما اذا رد علي المشتري الاول بالرضاء عند اقراره بالعيب ولو لم ان هذه الرواية
مطلقة فالفرق هو انه لما تعارضت الجهتان يعمل بهما ما امكن وقد امكن في حق الوكيل دون
المشتري وذلك ان القضاء بالرد فسخ بدليل قاصر من حيث انه فسخ يكون الرد علي الوكيل ردا
علي الموكل ومن حيث انه مستند الي دليل قاصر وهو الاقرار يلزم المامور ولا يكون له ولاية

الرد ايضا فاثبتنا امرا بين امرين وقلنا له ولاية الرد بالخصومة اما المشتري الاول فجهة كون
الرد فيها يقتضي لن يكون له ولاية الرد بالخصومة وجهة قصور الدليل يقتضي لن لا يكون
له هذه الولاية فلا يثبت هذه الولاية بالشك قوله او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه قيل
المراد من الكفالة الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل بل الكفالة على حقيقتها
والتوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا كذا في الشرح وفيهما نظر اما في الاول
فلان التوى على المحتال عليه ايضا عندنا لمكان الرجوع على المحيل واما في الثاني فلان التوى
بموتهما لا يتعلق بقبول الكفالة حتى يضاف اليه والجواب عن الاول ان الحوالة ربما يفضي
الى الهلاك بان رفع الامر الى القاضي فيحكم بامتناع الرجوع على المحيل عند التوى على المحتال
عليه كما هو مذهب الشافعي رحمه الله فيستند الهلاك الى قبول الحوالة وقد اعترض على الاول في
الحاشية بان قوله والكفالة توثق يأباه قلت الحوالة ايضا توثق باعتبار الاملاء والاحسن في
القضاء وقدر فصل قوله الى النقب النقب بر انكيختن فتنه وتباهي بسكون العين
وبالتحريك لغة ضعيفة قوله بل هي تعبير محض فان قلت ينكل بما لو وكل رجلين بقبض وديعة
فانه يشترط اجتماعهما حتى لو قبض احدهما بغير امر صاحبه يضمن مع ان القبض لا يحتاج فيه الى
الراي بل هو تعبير محض الوديعة اجيب بان اجتماع الوكيلين فيما يحتاج فيه الى الراي انما
يشترط للعجز له في اجتماعهما من الفائدة ما ليس في انفراد احدهما بالتصرف وفي الاجتماع في القبض
ايضا من فائدة الحفظ ما ليس في حفظ احدهما فصار التوكيل بالقبض كالتوكيل بالشراء واما التوكيل
برد الوديعة فالقياس لن يضمن احدهما بدفعها لكن في الاستحسان لا يضمن لان احدهما يدفع
الكل بغير اذن صاحبه فالغاصب يبرأ عن الضمان بدفع المال الى من كان مامورا بقبض
ذلك المال من جهة المالك كما يبرأ بالرد الى صاحب المال وهنا وصل المال الى من كان مامورا
بالقبض من جهة الموكل قوله الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح
غيره قلت هذا يخالف ما ذكره الاصوليون ان الرق لا ينافي مالكية غير المال وهو النكاح والدم
والحيوة الا يرى لن نكاحه منعقد من غير اذن المولى حتى يشترط الشهود عند النكاح لا عند
الاذن ولهذا لو اعتقه المولى قبل الاجازة ينفذ وانما يتوقف على اجازته لان النكاح لم يشرع
خاليا من المهر وفي ايجابه بدون رضا المالك اضرار به وانما يملك المولى اجازته على النكاح لما فيه
من تحصين ملكه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك في الدنيا والاخرة باب الوكالة بالخصومة
قوله ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانهاؤها بالقبض لانه ما لم يقبض يتوهم
الانكار الباطل فيحتاج الى المرافعة ثانيا فيثبت له ولاية القبض لينتهي كذا في بعض الشروح دبه

نظر للقطع بان الانكار الباطل بعد قطع الخصومة عند القاضي خلاف الظاهر لصيرورة
الحادثة معلومة للقاضي الا يرى ان توهم الجحود بعد القضاء لم يعتبر فيما اذا كانت الدار في يد
رجل وبرهن الاخر لن اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه الغايب قضى له بالنصف وترك
النصف الاخر في يد الذي هو في يديه عند ابي حنيفة رض وقالا لن كان الذي في يديه جاحدا اخذ
منه وجعل في يد امين آخر وان لم يجحد ترك وقد قال المصنف رحمه الله وجه ابي حنيفة رض لن القضاء
وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي
والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي هذا كلامه فانظر انه لم
يعتبر الجحود هنا في المستقبل بعد القضاء فكذا فيما نحن فيه والحاصل ان الخصومة تتم بقضاء القاضي
ولا يتوقف تمامها على القبض نظرا الى الظاهر اذ الظاهر عدم الجحود في المستقبل والظاهر يصلح
للدفع فيدفع به ولاية القبض للوكيل لان تلك الولاية لم يكن ثابتة له فلو ثبت لثبت من
حيث لن تمام الخصومة يتوقف عليه وهو لا يتوقف من حيث الظاهر على ما ذكرنا فلا يثبت له
ذلك فالاولى ان يقال القبض متمم للخصومة من حيث ان المقصود منها هو القبض والشي انما يتم
باتصال ما هو المقصود منه فمن كان مالكا للخصومة كان مالكا للقبض المتمم لها ايضا قوله او ابرأ الطالب
قلت ذكر مسئلة الابراء على الاختلاف وهكذا ذكرها الشيخ احمد الطواويسي رحمه الله والبه اشار محمد رحمه الله في
اول وكالة الاصل وذكر شيخ الاسلام في شرحه مسئلة دعوى الابراء على الوفاق على ان الوكيل
لا يصير خصما فيه ووجهه ان الوكيل انما يجعل خصما في الايفاء والاثبات من حيث ان فيه
اجبار حق الامر اما الاثبات فظاهر واما في الايفاء فلان الايفاء الى الطالب وقبض الرسول سواء
لان الوكيل انما يقبض ليدفع الى الطالب وليس في دعوى الابراء احياء حق الدائن بل فيه ابطاله
فلا يجعل خصما فيه قوله فاشبه الوكيل باخذ الشفعة يعني اذا اقام المشتري البينة على الوكيل
باخذ الشفعة على ان موكله قد سلم الشفعة يقبل لكونه وكيلا بالمبادلة كذا في الكافيات وهكذا ذكر
في حاشية الكبير وفي الذخيرة الوكيل بالشفعة اذا ادعى عليه تسليم الامر لا يصير خصما لانه انما صار
وكيلا في الاثبات لانه لا يتوصل الى الاخذ الا به والمامور بالشي مامور بما لا يتوصل اليه الا به
وهذا المعنى لا يتاتى في جانب التسليم لان تسليم الامر لا يتوصل به الى القبض بل يبطل حقه
فيه فلا ينتصب خصما عن الموكل في ذلك هذا لفظه نعم في دعوى الابراء من الموكل على الوكيل بقبض
الدين روايتان على ما ذكرنا ودعوى التسليم على الوكيل الشفعة كدعوى الابراء على الوكيل بقبض
الدين فمن جعله خصما في دعوى الابراء وجب ان يجعل الوكيل بالشفعة خصما في دعوى تسليمها كما هو
المذكور في الكافيات وحاشية الكبير قوله وهذا لان المبادلة يقتضي حقوقا وهو اصيل فيها حلا

اشارة الي مطلع تكتة ابي حنيفة رح بقوله انه وكله بالتملك يعني ان الوكيل امره بتملك مثل الدين علي
الديون وذلك مبادلة ومعاوضة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في الشرح وفيه
نظر اما اولا فلان هذه المبادلة يتم بالقبض وانه بمنزلة مملوك الغير وقد سبقت الاشارة في قوله والوكيل
بالهبة والايداع والاعارة والقرض سفير ايضا لان الحكم يثبت فيها بالقبض وانه بمنزلة مملوك الغير
فلا يجعل اصيلا فيها الي ان الحكم متي توقف علي القبض الذي بمنزلة مملوك الغير لا يجعل اصيلا فيه
وذلك لان القبض ضرب في المحل وهو اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فاما التصرفات التي يقوم
باللسان ولا يتوقف علي القبض فالوكيل يجب ان يكون اصيلا فيه لانه اصل في التكلم وكلامه مملوكه
فعلي هذا التحقيق ينبغي ان لا يجعل الوكيل بقبض الدين اصيلا وان كان هو وكيلا بالمبادلة لان هذه
المبادلة تم بالقبض الذي بمنزلة مملوك الغير لا لكن يقال لو الوكيل في التصرفات التي يتوقف علي
القبض الملاقي لمملوك الغير انما لا يجعل اصيلا فيها اذا توقفت علي قبض غير الوكيل كما في الهبة
والايداع اما اذا توقف علي قبض الوكيل فهو لا ينافي كونه اصيلا فيها لان القبض فعله والمرء يصلح
اصيلا في فعله كما يصلح اصيلا في كلامه الا يري ان الموهوب له اصيل في عقد الهبة وان كان حكمه يتوقف علي
قبض بمنزلة مملوك الغير ولكن لما كان ذلك القبض فعله اعتبرناه اصيلا فيه فكذا في قبض الديون ثم فيما
اذا توقف الحكم علي قبض الغير انما لا يجعل اصيلا فيه اذا كان في القبض مملوك الغير ايضا اما اذا كان الا مملوكه
فهو اصيل فيه كالواهب اصيل في الهبة مع ان حكمها يتوقف علي قبض الغير ولكن القبض هناك يلاقي
مملوك الواهب فلا ينافي كونه اصيلا فيه واما ثانيا فلانه لو كان وكيلا بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة
في المقبوض وليس كذلك وقد اجيب عنه بان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه
استيفاء عين الحق من وجه فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا يلحقه العهدة عملا بهما
وانما لم يعكس لان هذه المبادلة ربما لا يتوصل اليه الا بالخصومة فلو لم يجعل خصما لشبهه باخذ العين
لم يتمكن الوكيل من الامتثال في ولكن هذا غير مرضي لما ان قبض الدين مبادلة حقيقة وانما جعل
استيفاء لعين حقه لضرورة دعت اليه في بعض الاحكام فاما ما لا ضرورة فيه فيعمل بالحقيقة الي هذا
اشار المصنف قبيل كتاب الماذون حيث قال وانما المتحقق وهو في الذمة اعني الدين وبقبض
العين يتحقق بينهما مبادلة وهذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم للزوم الاستبدال
بحق قاطع للعين حكم الدين هذا لفظه والبه اشير في الشرح ايضا في باب السلم ولا يخفي انه لا ضرورة
في لحوق العهدة الي ان يعتبر قبض الدين استيفاء لعين حقه فينبغي ان لا يعتبر واما ثالثا فلانه
قد سبق في الكتاب ان كل عقد يضيفه الوكيل الي الموكل فحقوقه يرجع الي الموكل دونه وقد صرح
الشارح فيما بعد بان الوكيل بقبض الدين لا يستغني عن اضافة القبض الي الموكل فينبغي ان لا يرجع

اليه حقوقه فلا يكون خصما لان الخصومة من الحقوق واما رابعا فلان القاضي اذا وكل رجلا بقبض
ديون المفقود لا يملك الخصومة اتفاقا فلو كانت الخصومة من حقوق قبض الدين الذي هو مبادلة
وجب ان يملك الوكيل من قبل القاضي ايضا لان الوكيل من جهة المالك ومن جهة القاضي
سيان في رجوع حقوق عقد باشره وهو لا يملك الخصومة اتفاقا وجوابه انه انما لا يملك الخصومة
في الدين لحكم النايب اذ لا يقضي للغايب ولا علي الغايب من غير خصم حاضر عنه من قبله فلا فايدة
في جواز خصومته وفي الذخيرة الاصل ان الوكيل بقبض ملك غير الموكل خصم في الاثبات و بقبض
ملك الموكل من كل وجه ليس بخصم فيه وهذا لان التوكيل بالخصومة لم توجد نصا وانما يثبت
ضرورة ان الوكيل لا يتوصل الي القبض الا بها الا انه قد يمكنه الوصول بدون الخصومة
بان لا يجحد وقد لا يمكن بان يجحد فاخذ الاعتبارين يوجب ان يكون خصما دون الاخر والعمل
بهما في كل حكم غير ممكن فعملنا بهما بان جعلناه خصما في التوكيل بقبض ما هو ملك الغير دون التوكيل
بقبض ما هو مملوكه ولم يعكس لانا لو جعلناه خصما في التوكيل بقبض ملكه لزمنا ان نجعله خصما في
التوكيل بقبض ملك الغير لان الحاجة الي الخصومة فيه اكثر فالتوكيل باخذ الشفعة خصم في اثباتها بالاتفاق
لانه وكيل بقبض الغير بحق للموكل ... الوكيل بقبض العين المملوك للموكل لا ينتصب خصما بالاتفاق لانه
وكيل بقبض عين هو ملك الموكل ... وكيل بقبض الدين هل هو وكيل بقبض ملكه ام ملك الغير فرفع
عنه انه وكيل بقبض ملك ... المقبوض بجهة الدين ليس عين حقه لان حقه الدين والعين
مع الدين يختلفان ... مما انه وكيل بقبض ملكه بناء علي ان المقبوض بجهة الدين عين حقه
حكما حتي كان له ... بغير قضاء ولا رضا قلت فالمصنف رح بني ولاية الخصومة للوكيل بقبض الدين
علي كونه وكيلا ... وصاحب الذخيرة بناه علي ان القبض ربما لا يتوصل اليه الا بالخصومة والوكيل
بالشي وكيل ... الي ذلك الشي لا بد ويظهر ثمرة اختلاف التعليلين في ان الوكيل بقبض الدين
هل يصير ... في دعوي الابراء عليه وفيه روايتان كما ذكرنا ثم تعليل الذخيرة اوضح لان الخصومة
ليست ... المبادلة الا من حيث انها ربما لا يتوصل اليها الا بالخصومة فلا يملك الخصومة لا بهذا
الاعتبار ... يجب ان لا يصير وكيلا في دعوي الابراء لانها مما لا يتوصل الي هذه المبادلة به بل ذلك يبطل
... ض بخلاف دعوي الايفاء لان الايفاء الي الطالب كقبض الوكيل قوله انه خصم في
... وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا اشتري شيئا فاسدا فاراد البايع الاسترداد فبرهن
المشتري انه باعه من فلان الغايب حيث لا يقبل بينته لا علي البيع ولا علي تصديق البايع وايضا قصر
يد الوكيل لو ثبت لثبت في ضمن ثبوت بيع الموكل فلما لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه الا يري
انه لو شهد احد الشاهدين علي الالف والاخر علي الالفين والمدعي يدعي الالفين لا يقبل شهادتهما

وعلى الكل اذ الالف في الثمانين بالالفين يثبت ضمنا لثبوت الالفين فمتى لم يثبت الالفان لم يثبت ما في ضمنه فكذا هنا تصريح الوكيل انما يثبت في ضمن ثبوت البيع فاذا لم يثبت البيع لعدم الخصم وجب ان لا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو اثبات تصريح الوكيل بهذه المسئلة يحتاج الى مزيد تامل وايضا قد مر ان القاضي لا يقضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه بانابته وما هو السبب كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر فانتصب الحاضر خصما عنه وصار القضاء عليه قضاء على الغايب كما لو ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب واقام البينة على ذي اليد وقضي بها ثم حضر الغايب وانكر ذلك لم يلتفت الى انكاره لانه صار مقضيا عليه وهنا لان المدعي لا يتوصل الى اثبات حقه على الحاضر الا باثباته على الغايب ولا يخفى ان ما يدعي على الحاضر وهنا من تصريح الوكيل لا يتمكن من اثباته الا باثبات البيع على الغايب فيجب ان يجعل الحاضر خصما عنه **قوله** ويصح اذا استثنى الاقرار كانه جواب عن قول علمائنا من ان الخصومة ليست بمملوكة للموكل قطعا فلا يصح التوكيل به فيراد مطلق الجواب فاجاب بان التوكيل بالخصومة بمعناه الحقيقي وهو الانكار والمنازعة لو لم يكن جايزا لما صح استثناء الاقرار لانه عند الاستثناء يكون هذا توكيلا بالانكار فقط وجوابه سيجيء وفي الحاشية هذا دليل على ان الاقرار ليس بداخل في الوكالة بالخصومة لانه لو كان داخلا لما صح استثناؤه لان الاقرار حق المقر له فيكون الاستثناء مبطلا لذلك الحق وابطال حق الغير لا يجوز فعلم بانه لو كان داخلا لما صح الاستثناء وقد صح نزمه لفظا ولا يقال انه لو كان داخلا في التوكيل بالخصومة لكان الاستثناء متصلا وهو تكلم بالباقي بعد الثنيا فلا يلزم في الاستثناء ابطال حق الغير بعد تعلقه اذ الاستثناء يمنع التعلق لانا نقول لو كان داخلا لكان دخوله بطريق البدلية دون الشمول لانه انما يدخل في هذا التوكيل بارادة مطلق الجواب ومطلقه يتناول الاقرار على البدلية ولا بد للمتصل من الاستثناء من التناول على وجه الشمول وانما قلنا ان المراد بها مطلق الجواب دون العام الشامل للاقرار والانكار معا لان وجه العلاقة بين الجواب والخصومة هو ان الخصومة جزئي من الجواب وذكر الجزئي وارادة الكلي من باب ذكر الكل وارادة الجزء وجزء الخصومة هو مطلق الجواب دون العام على ان الاستثناء المتصل عمل بطريق المعارضة عند الشافعي فهو كالمنقطع فيصح ما في الحاشية على مذهبه لكنا لا نسلم ان العلاقة هي الجزئية ولئن سلمنا فهو من قبيل ذكر الكل وارادة الجزء بل هو من قبيل ذكر السبب وارادة المسبب والخصومة سبب للاقرار والانكار جميعا فيصح ان يراد بها كلاهما معا ولو سلم ان الجواب لعلمائنا عن هذا الاستدلال ان التوكيل بالخصومة يتوقف نفاذه على رضاء الخصم فيكون رضاؤه بهذا التوكيل لم يتعلق حقه باقرار الوكيل فلا يكون الاستثناء مبطلا لحقه وبعد ما وصف كان

راضيا

راضيا بالاستثناء ايضا فلا يكون استثناؤه ابطالا لحق الغير بوجه وفي التلويح هذه المسئلة ايضا فلا دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار ووجه الدلالة ان التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لمطلق الجواب لما صح استثناء الاقرار لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق وفي استثناء الاقرار من الجواب استثناء الكل من الكل وذا لا يجوز تم كلامه وجوابه عن هذا الطرف من الاستدلال هو انه انما يكون بالخصومة مطلق الجواب اذا لم يستثن الاقرار واما اذا استثنى فالمراد بها هو الانكار والاستثناء منقطع او المراد بها الاقرار والانكار جميعا والاستثناء متصل فاذا كان المراد بها غير استثناء الاقرار حقيقتها او العام الشامل للحقيقة والمجاز معا لم يكن هذا استثناء الكل من الكل على ما قرره الشارح ولا ابطال حق الغير على ما قرره في الحاشية **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا مسلم ابتداء ليس بداخل في الاستثناء **قوله** اما لانه خرج بمقابلة الخصومة فيكون للاقرار مجاورا للخصومة والمجاورة بينهما لا يكون الا في مجلس القضاء غالبا فلا تسمى خصومة الا الاقرار في مجلس القضاء لانه المجاور للخصومة غالبا الا الى الاقرار انما سمي خصومة لان الخصومة سبب له وسببيته هو الخصومة في مجلس القضاء لانها المفضية الى الجواب غالبا فكان سببا هو الاقرار في مجلس القضاء فيختص تسميته بالخصومة مجازا به ضرورة وقد يقال يكفي لصحة الاستعارة السببية في الجملة فجاز ان يراد بالخصومة مطلق الاقرار سواء كان في مجلس الخصومة او غيره لان الخصومة سبب للاقرار في الجملة وان لم يكن سببا له في غير مجلس القضاء الا يرى انه لو قال لامراته الحرة حررتك ونوى به الطلاق صح لمكان السببية مع ان التحرير ليس بسبب لزوال ملك المتعة في الحراير ولكنه لما كان سببا في الجملة جوزنا استعارة للطلاق في الحراير فالظاهر ان يقال المراد بالتوكيل بالخصومة هو التوكيل بما يستحق عليه من الجواب والاقرار في غير مجلس القضاء ليس بمستحق عليه فلا يتناوله التوكيل الا ان يقال السببية في الجملة وان كان يكفي للاستعارة فاعتبارها في محل الاستعارة احق عند امكانها وهنا يمكن اعتبارها في محل الاستعارة فلا يعتبر مطلقا والله اعلم **قوله** الوكيل من يعمل للغير يشكل بان الوكيل بالبيع اذا باعه ووكله موكله بقبض الثمن جاز مع ان الموكل في قبض الثمن عامل لنفسه وجوابه ان المراد بالعامل سواء عامله الغير في مؤنته والموكل بالبيع اذا توكل من وكيله بقبض الثمن يصير معينا له فيما عليه من القبض وان تضمن ذلك منفعته ايضا اما الكفيل فلا يصح وكيلا بقبض الدين لانه واجب عليه والمرء لا يصلح معينا للغير فيما هو مستحق عليه وهذا هو الجواب عن التوكيل المديون بابراء نفسه عن الدين لانه معين له فقد يحتاج الداين الى ابراء الدين على وجه لا يرتد برده ولا ابراء على هذا الوجه لا يتحقق الا اذا ابرأ المديون نفسه عن الدين وما قيل في الجواب عنه لنفسه انما يصح لانه تمليك لما في طلق نفسه نظرا الى التمليكات تقتصر على المجلس وتوكيل المديون بابرائه الدين لا يقتصر عليه **قوله** ولا يلزم قبول

قوله ملازم للوكالة لكونه امينا وتوضيحها انه لا يقبل لكونه متبرعا نفسه فيتعلم بانعدام اللازم قلت
كيف يكون قبول قوله ملازما للوكالة لكونه امينا والامانة لا يلزم الوكالة فالضمان يجامعها كالغاصب
اذا توكل ببيع المغصوب وبالجملة لان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ثم لان كان قوله مقبولا في
بيعه يشكل قوله لكونه متبرعا اذ الغاصب ايضا متبرئ نفسه بدعوى البيع والاوجب لان لا يصح وكالته لانعدام
اللازم كالكفيل قوله وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع
الدين لان للغرماء اختيارات فان ضمن المولى وان شاء ضمن العبد جميع الدين كذا في الحاشية وفي الكافي
كان المولى كفيلا من العبد قلت وفي كتاب الماذون اذا اعتق المولى الماذون وعليه ديون فعتقه
جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه
وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فيبقى
الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره هذا كلامه قوله ومن
ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه وذكر في الذخيرة وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين
توكيل بالاستقراض معنى لان الديون يقضى بامثالها فما قبض رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله
على غريمه مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل
بقبض الدين رسالة بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من الاضافة الى المرسل بان يقول ان
فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل
بان يقول ارسلني فلان اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه
فيقول اقرضني فصح ما ادعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائز هذا لفظه وفيه نظر لما
سبق ان الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة وان حقوقها من الخصومة وغيرها يرجع اليه فلو كان الوكيل
به رسولا بالاستقراض لما كان خصما كالرسول فالظاهر ان الامر بقبض الدين توكيل بالمبايعة دون
الاستقراض اذ المديون كانه يبيع هذا العين بدين للموكل عليه الى هذا اشار في السلم وغيره ولو سلم ان
قبض الديون استقراض فالتوكيل بالاستقراض انما يبطل من حيث ان الموكل لا يملكه لكونه
امرا بالتصرف في حق الغير اما الموكل هنا فيملك قبض الدين فيملك الامر به ايضا على ان ثبوت الدين في
الذمة بمنزلة ايجاب وقبول جرى بين الدائن والمديون للاستقراض وقد صحت الرواية بان التوكيل
بقبض القرض بعد ما جرى الايجاب والقبول بينهما جائز فكذا هنا قوله ولان من باشر التصرف لغرض ليس
له ان ينقضه ما لم يقع الياس من غرضه يشكل بما اذا باع متاع غيره فضوليا فله ان ينقض قبل الاجازة
وكذلك للمشتري من الفضولي ان ينقض قبل الاجازة وليس هذا الا نقض تصرف باشره لغرض قبل وقوع الياس
عن ذلك الغرض قوله ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له وصدقه المودع امر بالدفع

ومع اجمال الاجازة

البطلان

اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا انه مال الوارث وقد يقال ان التركة قبل الصرف الى
الوارث مبقاة على ملك الميت حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه منها صرح به المصنف في كتاب القسمة
حيث قال التركة اذا حضروا عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم
يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته لان القسمة قضاء على الميت
اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه منها ويقضى ديونه منها
واذا كانت قضاء على الميت والاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة هذا لفظه فاذا كانت التركة
قبل القسمة والصرف الى الوارث مبقاة على حكم ملك الميت كان اقرار المودع اقرارا على الغير فينبغي ان
لا يعتبر ولا يومر بالدفع قوله فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه
فلا يوخر وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدا وقبضه ولم يدفع الثمن اليه فادعى عيبا لم يجبر
المشتري على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة على رضاه بالعيب وقد علل بانه لو قضى بالدفع
فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا للقضاء هكذا ذكر في خيار العيب فينبغي ان لا
يقضى به بدفع المال الى الوكيل ايضا اذا ادعى الاستيفاء فلعله يقيم البينة على الاستيفاء او يحلف الموكل
فينكل فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا للقضاء عن البطلان ووجه الفرق ان تاخير القضاء لان التقصير
تاخير حق العبد الى وقت معلوم لا يجوز وان كان فيه توهم النقض لان القضاء حق الله تعالى وحق
العبد مقدم لحاجته والتاخير الى وقت معلوم يجري مجرى الابطال وفيما نحن فيه لو اخر القضاء الى استحلاف
صاحب المال لتاخر الى وقت معلوم لان رب المال غائب ووقت حضوره غير معلوم وحق الاستيفاء
للوكيل قد ثبت فلا يوخر الى غاية بخلاف مسئلة العيب لان التاخير هناك الى وقت معلوم لان
البائع حاضر يمكن للمشتري استحلافه في الحال فيظهر الحق فليس فيه التاخير الا الى غاية قوله لان
النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق ثبت للوارث فكان
الحلف بطريق الاصالة دون النيابة مشكل لما مر فيه قوله ولو مات رب العبد قبل حضوره وورثته بايعه
وجحد الامر برهن لا يقبل بينته وان برهن على البائع على اقرار مشتريه بعدم الامر بان المالك
لم يامره بالبيع بعد موته يقبل بخلاف ما لو برهن على هذا الوجه في حيوة رب العبد فانه لا يقبل لان
في حيوته ان قبلت بينة البائع على هذا الوجه فانما يقبل من حيث انه اصيل ومن حيث انه امين متناقض
وبعد الموت انما يقبل بينة البائع من حيث انه نايب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه في حيوته لا
يكون متناقضا فكذا نايبه هذا كلامه فقد صح بان الوارث نايب من المورث لا اصيل اذ لو كان
اصيلا لما قبلت البينة من البائع على اقرار مشتريه بعدم الامر بعد موت المالك كما لا يقبل في حيوته
قوله لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة الخ قلت ذكر في الذخيرة اذا كانت الجارية في يد الوكيل

بالشراء فاراد ردها بالعيب فادعى البايع رضاء الامر بالعيب لم يصدق من غير يمين لان حق الرد يثبت
للوكيل ظاهرا وهو يريد ابطاله فلا يقدر عليه الا بحجة فان لم يكن له بينة ورد الوكيل الجارية ثم حضر
الامر فادعى الرضا واراد اخذ الجارية وابى البايع دفعها نقض القاضي البيع الا ينتقض الى قوله
لانه مع الامر تصادقا ان الجارية ملك الامر انه ادعى رضاء الامر به وصدقه الامر بذلك فاستندا لتصديق
الى وقت الانفراد وفي هذا التصادق ان القاضي اخطا في قضايه بالرد وان قضاءه بين نفذ ظاهرا
لا باطنا فيثبت الجارية على ملك الامر في الباطن فكان الامر ان ياخذها قال بعض مشايخنا قالوا هذا على
قول محمد واما على قول ابي حنيفة فلا سبيل للامر على الجارية وبعضهم قالوا هذا قول الكل وهو
الاصح ووجهه ان نقض القاضي هنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان لجهله بالدليل
المسقط للرد وهو رضاء الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في
حادثة باجتهاد ثم نص بخلافه هذا كلامه فظهر ان ما ذكر في الكتاب من انه لا يرد عليه حق اعلى المشتري
قول البعض اما على ما هو الاصح من ان القضاء بالفسخ انما ينفذ باطنا اذا كان بدليل يوجب الفسخ فيجب
ان يقع الرد عليه قبل تحليف المشتري اذ التدارك ممكن ايضا بقبض الدين اعتبر مبادلة وبعدها اشارة المصنف
في غير موضع من كتابه فكان القضاء بلا بقاء قضاء بالمبادلة والبيع فيجب ان ينفذ ظاهرا او باطنا كالقضاء
باثر العقود قوله لا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلبه من جهة الطالب قلت
ظاهر كلام المصنف يقتضي ان الموكل لا يملك عزل الوكيل بالخصومة اذا كان بالتماس الطالب الا برضا الخصم
كما هو مختار بعض مشايخنا يدل عليه التشبيه بالوكالة التي تضمنها عقد الرهن حيث لا يصح عزل الوكيل فيها
الا برضاء المرتهن سواء كان حاضرا او غايبا ولكن ذكر في الخلاصة ان ما قال بعض مشايخنا خلاف الرواية
حيث قال المدعا عليه اذا وكل بطلب المدعي لا يملك عزله وهذا اذا عزله بغيبة الخصم اما اذا كان
بحضرته صح عزله وقال بعض مشايخنا لا يملك عزله الا برضاء الخصم وهذا خلاف الرواية الى هنا
كلامه وفي الذخيرة ان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته
رضي به او سخط لان بالتوكيل يثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو ان يخاصمه ويثبت حقه عليه
وبالعزل حال غيبته يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب
قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا واما اذا كان المطلوب حاضرا فعزله لا يبطل اصلا
لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكن ان [illegible] منه ان ينصب وكيلا
اخر ونظيره ما اذا شرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع حيث لا [illegible] بعزله حال غيبة المرتهن
لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق الا ان فرق ما بينهما ان عزل الوكيل حال حضرة
الطالب صحيح وان لم يرض به وعزل العدل حال حضرة المرتهن لا يصح من غير رضاه والفرق انه لو صح

خطر

يبطل

عزل

عزل الوكيل بالخصومة حال حضرة الطالب لا يبطل حقه اصلا لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب ولو
صح عزل الوكيل بالبيع في الرهن حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلا لانه لا يمكنه
ان يطالب الراهن بالبيع قوله بطلب من جهة الطالب احترازا عما اذا كان لا بطلب
من جهته لانه صح العزل حينئذ وان كان الطالب غايبا وجب ان لا يصح العزل فيه ايضا
الا برضاء الخصم او حضرته لتعلق حقه بهذا التوكيل وان كان بغير طلبه اجيب بان الخصم متى لم
يلتمس التوكيل مع علمه بان الموكل ربما يتغيب ولا يمكنه الخصومة معه فقد رضي ببطلان حقه اذ
ليس في صحة العزل الا ذلك وفيه نظر اذ غاية الامر انه متى لم يلتمس فقد رضي بان لا يثبت
له حق اثبات المدعي على الوكيل والرضا بعدم ثبوت الحق لا يكون رضاء ببطلانه بعد الثبوت
بل الجواب ان التوكيل بالخصومة كما يصلح حقا للطالب يصلح حقا للمطلوب من حيث انه يسقط عنه
مؤنة الجواب والخصومة فمتى كان بالتماس الطالب يعتبر حقا له لان المقصود حينئذ هو تمكين
الخصم من اثبات الحق عليه ومتى كان لا بالتماسه يعتبر حقا للمطلوب لان الظاهر ان المقصود حينئذ
نفع المطلوب وان كان ينتفع به الطالب ايضا لان الاعتبار للمقاصد فان قلت متى تعلق
حق الخصم بالتوكيل وجب ان لا يصح العزل الا برضاه بالاجماع لان ابطال حق الغير بلا رضاه
باطل اجماعا فما وجه من لم يشترط رضاه اجيب بان الموكل ربما يحتاج الى عزل الوكيل فلو توقف
على رضاء الخصم لتضرر به فوق ما يتضرر به الخصم اذ الخصم يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بالمخاصمة
مع الموكل او طلب وكيل اخر بخلاف الموكل حيث لا يمكنه دفع ما يلزم من الضرر ببقايه وكيلا
فكان حقه اولى بالرعاية من حق الخصم قوله واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه
هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشري اما اذا كان التوكيل بقضاء الديون او التقاضي لم يبطل
ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون لان في كل شيء وليه العبد لا يسقط المطالبة
عنه بالحجر عليه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب له فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة قوله
ويستوي الوكيل بالنكاح لانه تصرف لا يرجع فيه الحقوق الى الوكيل وغيره اي غير النكاح من التصرف
الذي يرجع فيه الحقوق الى الوكيل للوجه الاول وهو قوله من حيث ابطال ولاية قوله لان
التوكيل تصرف غير لازم وقد يقال التوكيل قد يلزم كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن مع انها تبطل
بموت الموكل وجنونه لاطلاق المسئلة اللهم الا ان يقيد المسئلة بما اذا كان التوكيل غير لازم كما بينه
في الجامع وايضا بعض التصرفات غير لازم كالبيع بشرط الخيار مع انه لا يبطل بموت العاقد بل يلزم الا ان
لا يعتبر عدم اللزوم بالعارض قوله فيكون لدوامه حكم ابتدايه وفيه بحث لما ذكره في الكافي في كتاب
الشركة حيث قال ان امر احد المتفاوضين رجلا يشتري عبده بالف ولم يدفع اليه الثمن فنقضا عقد

فان قلت صح

المفاوضة وفاوض كل واحد رجلا اخر ثم اشتري المامور عبدا وهو يعلم بمناقضتهما اولا فان في الاوجه لا
ولا يكون للشريك الاول منه شي لان نفاذ توكيله عليه يثبت ضمنا للمفاوضة فيبطل ببطلان المتضمن
بلا شرط علم لانه عزل حكمي ولا للثاني لان الملك في المشتري انما يقع للامر بسبب سابق على شركة الاخر
وهو التوكيل السابق ولولا ذلك التوكيل لما وقع الملك له في العبد والملك اذا وقع لاحد الشريكين بسبب
سابق على الشركة لا يشاركه الاخر فيه هذا كلامه فلو اعتبر بقاء التوكيل كابتدائه وجب ان يقع العبد
المشتري بينه للامر والشريك كما لو وكل بعد الشركة معه ولكن قبل التوكيل في حالة البقاء في حكم
الابتداء وليس بابتداء التوكيل حقيقة وكونه في حكم الابتداء ان كان يقتضي ان يقع المشتري على الشركة
فجهة كونه ليس بابتداء التوكيل حقيقة يقتضي ان لا يقع فلا يقع على الشركة بالشك قلنا فيجب
ان لا يبطل بالموت والجنون ايضا لان جهة كونه في حكم الابتداء ان كان يوجب البطلان فجهة
الحقيقة لا يوجب ولم يكن باطلا فلا يبطل بالشك وايضا لو كان بطلان الوكالة بالجنون باعتبار ان
لبقايه حكم ابتدائه لاستوى الجنون المطبق وغير المطبق لان ابتداء التوكيل لا يتحقق مع جنون
الموكل وان لم يكن مطبقا فلذا بقاؤه لان يقال لبقائه حكم ابتدائه وليس بابتداء حقيقة فقلنا يبطل
بالمطبق من الجنون دون غيره عملا بالجهتين قوله فالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة
لان تصرفات المرتد موقوفة عنده قلت الحكم المذكور هنا انما هو بطلان توكيل المرتد بالحاقه لا
بقضاء القاضي باللحاق اذ اللحاق قبل تقرره بالقضاء غير معتبر وهذا مما لا اختلاف فيه لانا لا نعلم احدا
يقول ببطلان وكالة المرتد باللحاق المتقرر بالقضاء غير ان البطلان عنده مستند وعندهما مقتصر
اما نفس البطلان باللحاق المتقرر بالقضاء فلا نزاع فيه وبالجملة ان ما هو المذكور في الكتاب من بطلان
وكالة المرتد باللحاق بدار الحرب فلا نزاع فيه بين ابي حنيفة وصاحبيه وما فيه النزاع من توقيف
وكالته بعد الردة عنده ونفاذه عندهما فليس بمذكور في الكتاب قوله او الشريكان فافترقا لان وكل
احد الشريكين الثالث قوله فبهذه الوجوه يبطل الوكالة هذا فيما لم يل الوكيل اما الذي ولي الوكيل
بنفسه فلا يبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر في المبسوط واذا وكل احد المفاوضين وكيلا بشيء ثم ليس
ثم افترقا واقتسما واشهدا على انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا جاز عليهما لان
توكيل احدهما في حال بقاء المفاوضة كتوكيلهما فصار هو وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة
كذا في الشرح وهذا يخالف ما ذكرنا في الكافي فيبطل قوله فهذه الوجوه لان الوجوه المعترضة من العجز
والحجر والافتراق اذا اعترضت على الموكل يبطل وكالة وكيله في العقود والخصومات الا في تقاضي
الدين الذي وليه المكاتب او قضايه لان عجزه يوجب الحجر عليه من انشاء التصرفات لا من قضاء
الدين واقتضاء فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك كذا في الشرح فبهذا ظهر لك الصواب ان

فانه تصحيح بانتقاض الوكالة بنقضهما المفاوضة
ولكنه في حق توكيل لا في حق الموكل وما ذكر من المبسوط
نصح بان توكيل احد المفاوضين لا يبطل بنقضهما المفاوضة
اطلاق الظاهر انه عول في المبسوط شيخ ولده
احرار عما اذا لم يكن الوكيل انما لتصرف وكل بما
الا ذكل المحرم المحرم الصيد ا وبيعه او وكل

يقول الشارح بدل قوله هذا اذا لم يل الوكيل بنفسه الى اخره هذا فيما اذا لم يل الموكل بنفسه اما الذي
وليه الموكل بنفسه من قضاء الدين او اقتضائه فلا يبطل وكالته اراد بالوكيل احد الشريكين لانه
وكيل في المفاوضة من جهة صاحبه او تصحيف الموكل والله اعلم

كتاب الدعوى

قوله وهذا حد عام صحيح فان قلت كيف يكون صحيحا ومعرفة صحة الحد وعدمه يتوقف على معرفة المدعي
والمدعا عليه فلو عرف المدعي بمن لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعا عليه بمن يجبر على ذلك
كان دورا فجوابه ان تعريف للخفي بما هو اشهر منه فيما بينهم كما عرفوا الاجير المشترك بمن لا يختص الاجر
حق بعمل ويأتيك انشاء الله تعالى قوله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان قلت يشكل بما لو
مات المحتال عليه فقال المحتال مات مفلسا وعاد دينه الى المحيل وقال المحيل مات مليا ولم يعد
الدين الي فالقول قول المحتال لانه متمسك بالاصل مع انه في المعنى يدعي عود الدين الى ذمة المحيل
وهو ينكر فيجب ان يعتبر المعنى كما في مسألة المودع اذا قال رددت الوديعة وكما اذا اوصى لفقراء بني فلان
فقال واحد منهم انا فقير وقالت ورثة الموصي انه غني فالقول للورثة وان كان الموصى له منكر الغنا
متمسكا بالاصل وهو الفقر لانه يدعي استحقاق الوصية معنى والورثة ينكرونه قلنا انما يجب اعتبار المعنى اذا
تعينت فيه جهة الانكار او جهة الدعوى اما اذا تعارضت الجهتان فيه بان كان انكارا من وجه ودعوى
من وجه فالاعتبار لجانب الصورة لسلامته عن المعارضة وفي مسألة الحوالة المحيل من حيث المعنى منكر لانه
انكر عود الدين اليه ومدعي لانه يدعوى اليسار ادعى توجه المطالبة الى ورثة المحتال عليه وهو
دعوى على الطالب فانه متى ثبت ذلك لا يعود الدين الى المحيل والطالب بدعوى الفقر ينكر
توجه المطالبة الى الورثة ويدعي توجهها على المحيل فلما تعارضت جهتا الانكار والدعوى على اعتبار
المعنى بقي الاعتبار للصورة لسلامتها عن المعارضة او ترجح جانب الانكار في حق الطالب القائل بالانكار
الصوري وترجح الدعوى في حق المحيل بانضمام الدعوى الصوري اليه ولا تعارض على اعتبار المعنى في
مسألتي الوديعة والوصية وكان الاعتبار فيهما لجانب المعنى والله اعلم قوله والالزام في المجهول لا يتحقق
لان الالزام فيما يجري فيه المضايقة بينهم لا يتحقق في المجهول ولا فيلزم ما فيه من الابل في الدية وكذا
يلزم في النكاح الفرس الوسط والشاة الوسط ويجبر على تسليمه مع انها مجهولة قوله والقيمة تعرف
به لان القيمة شي تعرف العين بذلك الشي فلذلك يذكر قيمة المدعى وقيل لان العين لا يعرف بالوصف
وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الاعيان اياه في ذلك الجنس ولكن ببيان الوصف طولا وعرضا
يعرف قيمته وعلى هذا كان الضمير في به راجعا الى الوصف وفي الاول الى خبر القيمة المحذوف وهو شي
كذا في الشرح ويرد على الوجه الاول ان حذف موصوف الجملة او الظرف مشروط بان يكون الموصوف
بعض ما قبله من المجرور بمن او في فان لم يكن كذلك لم يقم الجملة او الظرف مقامه الا في الشعر كذا ذكر

المحققون من ايمة النحو واللغة انه يلزم في هذا الوجه حذف موصوف الجملة بدون هذا الشرط على انهم صرحوا بان رجوع الضمير الى الموصوف المقدر لم يجي في السعة فلا يقال جاءني الحسن وجهه في السعة برجوع الضمير الى الموصوف المقدر وعلى الثاني ان القيمة لو كانت تعرف بذكر الوصف لزم ان لا احتاج الى بيان القيمة مع ذكر الوصف وليس كذلك ففي المبسوط وان كان العين المدعى مستهلكا فتعذر احضاره فيقام الوصف والقيمة مقام الاشارة الى العين لصحة الدعوى والشهادة ولان المدعى هنا في الحقيقة دين في الذمة وهو القيمة فلا اعلام من تذكر صفته وقيمته وفي الذخيرة وان وقع الدعوى في عين غايب فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة والبينة مقبولة وان لم يبين القيمة ذكر في عامة الكتب انها مسموعة وقال فخر الاسلام اذا كانت المسألة مختلفا فيها ينبغي ان يكلفه ببيان القيمة فاذا كلفه ولم يبينه يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة فقد اضر به لانه تعذر عليه الوصول الى حقه فاذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى فظهر بهذا ان بيان القيمة مع ذكر الوصف لا بد منه الا انه سقط بما في غايته عامة الروايات دفعا للحرج فلو كانت القيمة تعرف ببيان الوصف طولا وعرضا لما وجب بيانها مع ذكر الصفة ولا يكون سقوطها للضرورة قوله لانه تعذر التعريف بالاشارة فيصار الى التحديد فان العقار تعرف به فان قلت قد قالوا في المنقول الذي تعذر نقلها الى القاضي لان القاضي يحضرها او يبعث امينا اليها ليمكن الاشارة فلم لا يكون هكذا في العقار قلت لان الدعوى تكثر في العقارات فلو شرط فيها حضور القاضي او بعث الامين لادى الى الحرج وهو مرفوع اما الدعوى فيما يتعذر نقلها من المنقولات فنادر فلا يتحقق الحرج باشتراط حضور الحاكم او بعث الامين قوله ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره وفي الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه ولنا ان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وفيه بحث لظهور ان قدر الدار عبارة عن كمية ذرعانها طولا وعرضا وهذا لا يعرف ببيان الحدود بل المعلوم به نفسها والشهرة فيه فيقوم مقام التحديد قوله لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح ذكر في الذخيرة في الفصل التاسع من كتاب الدعوى اذا وقع الدعوى في عقار لا بد وان يذكر الشهود انها في يد المدعا عليه والاقرار لا يكفي حتى لو تصادقا ان الدار المدعى في يد المدعا عليه فالقاضي لا يقضي بالدار هكذا ذكر الخصاف وذكر في كتاب الاقضية ويجوز القضاء بالملك وان لم يشهد الشهود على يد المدعا عليه وجوز الشهادة من غير ان يشهدوا على يد المدعا عليه مع انه وضع المسألة في الدار فقيل ما ذكر الخصاف قول وبه اخذ بعض المشايخ وقيل في المسألة روايتان والفتوى على انه لا بد من ان يشهدوا على يد المدعا عليه هذا كلامه فقوله هو الصحيح احتراز عن رواية اخرى ثم هذا اذا اريد اقامة البينة واما في الاقرار فلا المذكور

في فتاوى ابي الليث انكر المدعا عليه ان يكون المحدود في يده حلف فان حلف ارتفع عنه الخصومة وان نكل حتى صار مقرا بملك المدعي يومر بترك التعرض ولكن صار مقرا باليد فيحلف على ملك المدعي فان نكل حتى صار مقرا بملك المدعي يومر بترك التعرض ولكن اذا اراد المدعي اقامة البينة لا بد وان يثبت اليد بالبينة حتى لا يتعدى القضاء الى غير المدعا عليه الذي هو صاحب اليد وهذا لا ينافي قوله لا فرار للتهمة القضاء بالاقرار لا يتعدى الى غير المقر هذا لفظه ويقال كيف يتعدى القضاء الى غير المدعا عليه والقضاء بالبينة في الملك ايضا لا ينفذ على المقضي عليه على ما عرف وجوابه ان المراد بقوله حتى لا يتعدى الى غير المدعا عليه حتى لا يلزم القضاء على غير المدعا عليه فيبطل فلا يقضي صونا للقضاء به عن البطلان بخلاف صورة الاقرار فانه لا قضاء فيه حتى يبطل عند كون الدار في يد غير المدعا عليه فان قلت احتمال كون الدار في يد غير المدعا عليه لا يندفع باقامة البينة على ان الدار في يده ايضا للاحتمال ان يكون الدار في يده بالعقد ولا يكون هو ذا اليد بان كان غاصبا وبا حداث اليد لا يصير ذا اليد قلت بان الاحتراز عن هذا الاحتمال متعذر فلو اعتبر لزم سد باب القضاء وبانه مفتوح قوله ولانه يحتمل ان يكون مرهونا الخ فان قلت كيف يدل المطالبة على انه ليس بمحبوس في يده بحق قلت لان الظاهر ان الانسان لا يطالب الا اذا كان له حق المطالبة ولا يكون له ذلك الا اذا كان محبوسا في يده من غير حق فيزول به احتمال كونه مرهونا في يده او محبوسا بالثمن فقام ذلك مقام قوله بغير حق قوله يزول هذا الاحتمال لان في زعم المدعي فيتوجه دعواه لا انه يزول في الواقع قوله وعن هذا قالوا في المنقول ~~الظاهرانه~~ التخصيص لقوله وانه يطالبه بالعقار حتى لو قال ذلك في المنقول يكتفي عن قوله بغير حق وكذا التخصيص لقوله بغير حق بالمنقول حتى لو قال ذلك في العقار يكتفي اذ لا وجه يعرف للتخصيص ~~فكانه وقع اتفاقا~~ والله اعلم قوله واذا صحت الدعوى سال القاضي المدعى عليه عنها وفي شرح الزيادات قالوا ان المدعي اذا ادعى حقا بين يدي القاضي لا يسال القاضي المدعا عليه عن جواب خصمه الا اذا طلب المدعي بسواله عن ذلك لانه حقه فيتوقف على طلبه وحكي بن سماعة عن محمد ان الخصم اذا كان معروفا انه لا يهتدي اليه ولا يعرف او يدخله حصرا لهيبة مجلس القضاء الا باس بان يجلبه القاضي اليه ويحيبه من غير طلب اعانة له على حقه

باب اليمين قوله لان اليمين حقه بالحديث قال عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كذا في الشاهان قيل الاولى ان يتمسك لاثبات ان اليمين حق المدعي بما مر من قوله عليه السلام لك يمينه قلت بل الاولى هو التمسك بقوله عليه السلام واليمين على من انكر لما في قوله فلك يمينه من التوقف المنافي لما يتعلق لبيوس سو وبيان وجه التمسك به ان المراد بقوله واليمين على من انكر هو ان اليمين حق واجب على من انكر للمدعي فيكون اليمين في هذا الحديث ايضا مضافا الى المدعي بحرف اللام تقديرا فكان حقا له قوله وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وان قلت التمسك بهذا

ثم قال الرسول لما كان اليمين حق المدعي ... الرجحان

الحديث انما يصح ان لو نعيت الخارج مدعيا وصاحب اليد منكرا وليس كذلك لان كلاً مدّعي من وجه
ومنكر من وجه لان كلا يقول لصاحبه هذا الشي لي وليس لك فينبغي ان يقبل بينة الخارج من
حيث انه مدعي ويمينه من حيث انه منكر كما في مسئلة المتبايعين اذا اختلفا فلا يكون في الحديث دليل
على انه لا يمين على المدعي قلنا هذا الحديث يقتضي ان لا بينة على المنكر والمنكر غير المدعي
لانه قسم الخصوم فجعل قسما مدعيا وقسما مُدَّعيًا عليه وقسم الحجة على نوعين فجعل نوعا على المدعي ونوعا
على المنكر والقسمة تقتضي التمييز فميزنا بان جعلنا الخارج مدعيا والمدعا عليه منكرا لان ما يصدر
من اول اقوال المدعي هو دعوى ما في يد المدعا عليه واول اقوال المدعا عليه في جوابه انكار ما
ادعاه فيجب كل باول ما يصدر منه في الخصومة وما ذكرت انكار المدعي لانكار المدعا عليه ودعوى المدعا
عليه لما في يده وقع ضمنا لا قصدا فلا يتعلق الاسماء المميزة بالمعاني الضمنية فاما حكم المتبايعين
فبخلاف القياس كذا في الشروح قلت فلا يعتبر قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان كان هو مدعيا
بمعنى ان اول ما يصدر عنه هو الدعوى كما اذا تنازعا في احد مصراعي الباب وهو موضوع على الارض
والمصراع الاخر معلق على باب احدهما فانه يقضي بالموضوع لمن كان المصراع الاخر في يده اذا كان
يشبه الموضوع فلا بد وان يراد بالمدعي من لا يشهد له الظاهر وبالمنكر من يشهد له الظاهر فيشمل
المدعي اذا اقام شاهدا او نكل المدعا عليه فيدخل في عموم قوله واليمين على من انكر فلا يكون
القول برد اليمين مخالفا للحديث فالاولى ان يقول الدعوى لا يجامع الانكار في حكم واحد
لان الدعوى عبارة عن اضافة شي لا يسلم له الا بالحجة الى نفسه ولم يكن ثابتا له بحكم الظاهر
والانكار عبارة عن نفي حق الغير عما يثبت له بالظاهر بلا حجة فهما في طرفي نقيض فيصح التمسك
بهذا الحديث على ان لا يمين على المدعي الذي لم يكن الحق ثابتا له بحكم الظاهر فعلى هذا دخل
من يشهد له الظاهر في المنكر لان الحق ثابت له بحكم الظاهر كما هو ثابت للمدعا عليه المنكر ~~لان~~
~~الحق ثابت له بحكم الظاهر كما هو~~ بظاهر يده وذلك لان المحتاج الى الاثبات بالبينة هو من لم يكن الحق
ثابتا له بالظاهر واما من كان ثابتا له به فلا يحتاج اليه فتعين الاول مرادا بالمدعي والثاني بالمنكر
واما المدعي بعدما اقام شاهدا او نكل المدعا فالحق ليس بثابت له بحكم الظاهر بل يريد اثبات هذا
الحق على الغير بالظاهر وانه لا يكفي للاثبات ابتداء على ان كل ظاهر معارض بظاهر المدعا عليه فان
اليد يشهد له فتساقطا بالتعارض بخلاف ما ذكرنا من المسئلة فان ظاهره في يده المصراع الاخر ليس
بمعارض بظاهر اخر ولان الحق ثابت له باليد الحكمية فان اليد على الشي يدل على نظيره اعتبارا اذا
كان في يد ثابت له بحكم يده الثابتة ظاهرا فتعين الاخر مدعيا فاما مسئلة المتبايعين ففي بعد القبض
بخلاف القياس واما قبله فدعوى البايع في زيادة الثمن وانكاره في وجوب التسليم بعقد ما يقوله

المشتري ودعوى المشتري في وجوب التسليم بثمن يدعيه وانكاره في الزيادة الف يدعيه البايع ودعوى
البايع في حكم وانكاره في اخر وكذا انكار المشتري ودعواه كل من ذلك في حكم اخر فيقبل بينتاهما
ويميناهما فظهر ان كونه مدعيا في شي يتأتى في كونه منكرا فيه وكونه منكرا في حكم ينافي كونه مدعيا
فيه قوله والرق قلت الاستحلاف لا يجري في الرق الا في مسئلة واحدة وصورتها انتهى عسكر
المسلمين الى حصن فنادى قوم من الحصن فهل انتم موافقين على ان نفتح لكم الحصن فنفعل ذلك
بهم ففتحوا الحصن فهم آمنون فان قال واحد من المستامنين لرجل انه من اهلي وصدقه الرجل
واتهما الامير واراد ان يحلف الرجل فله ذلك لانه لو اقر انه ليس من اهله لزمه ذلك ويصير
فيا فاذا وقع عند الامير انه ليس من اهله يحلفه رجاء النكول الذي هو اقرار وكان ينبغي
ان لا يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله واليه مال الفقيه ابو جعفر لان الدعوى في الرق لا يرى انه لو نكل
يجعل رقيقا ولا يقتل والاستحلاف لا يجري في الرق عنده والجواب ان الاستحلاف في سائر
المواضع لاجل النكول والنكول بذل عنده وبذل الرق في سائر المواضع باطل لانه لا يصح فكذا
بالنكول اما بذل الذات من الحربي المستامن يصح في الجملة فانه اذا نقض الامان والتحق بدار
الحرب يصير فيا فيصح منه بذل الرقبة بالنكول وصار دعوى الرق هنا كدعوى المال كذا في الذخيرة
وفيه نظر لان المرأة لو ارتدت ولحقت بدار الحرب تصير بذلك فيا ولا يملك هذا البذل على حق
تصرفيا فكذا البذل بالنكول غير ان البذل بالارتداد واللحوق حرام للمضرة والبذل بالنكول مقبل
فايدة قطع الخصومة فصار كبذل الطرف فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان اعمالا للبذل
الا انه حرام لعدم الفايدة في البذل بالنكول فايدة دفع الخصومة وايضا يلزم من هذا ان يحلف
الحربي المستامن اذا ادعى احد عليه انه غلامه لتمكنه من بذل نفسه بنقض الامان واللحوق بدار
الحرب فكذا بالنكول لانه يتمكن من بذل نفسه بنقض الامان وكذا العبد للذمي يتمكن من نقض
الذمة واللحاق بدار الحرب قوله وصورة الاستيلاد خصه بالتصوير ليقطع شبهة جريان دعوى
الاستيلاد من الجانبين قوله لما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار فكان
اقرارا او بدلا نظرا الى الدليل وهو النكول او بدلا عن الاقرار لان المدعي بنفس الدعوى يدعي
جوابا لفصل خصومته ولهذا يحضر المدعا عليه ليجيبه وذلك بالاقرار او الانكار فاذا اقر انقطعت
الخصومة ومتى انكر لم ينفصل الا باليمين فاذا نكل عن اليمين يكون هذا بدلا عن الاقرار الذي به
يقطع الخصومة فصار النكول بدلا عن الاقرار من هذا الوجه كذا في الكافي واعترض بانه اذا
اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي فوجد به عيبا فخاصم في النصف الاول فرده بنكول
البايع ثم خاصم في النصف الاخير يحلف عليه البايع ولو كان النكول اقرارا للزمه النصف الاخر

صح [illegible]
ولا يستحلف عنده في النكاح فيما اذا كانت
المرأة تدعي النكاح ولا بينة لها والزوج ينكر يستحلف
الماضي لو كانت هذه امرأة لكن دم طالق حتى يقع
الطلاق بالحلف لو كانت امرأة [illegible] للازواج [illegible]
الا حرى يقع اقا [illegible] التعليق المذكور
عند امام القاضي [illegible] الا ان لم [illegible]
نده ان لا [illegible] يكونها زوجة له [illegible]
راجيب فالحيلة [illegible]
صح

بنكوله في النصف الاول كما لو اقر وبات الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع فنكل يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل وبانه اذا قال كفلت لك بما يقر لك فلان فادعي المكفول له علي فلان مالا فنكل فقضي بنكوله لا يقضي بالمال علي الكفيل ولو كان اقرارا لقضي به عليه واجيب عن الاول بان النكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل قايما مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار او باليمين وانما يلزم القطع بقدر الحجة فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة علي الخصوص الابري انه لا يصح الا في مجلس القضا لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه اما الاقرار فحجة في نفسها لوجوب قطع الخصومة حتي لو اقر في غير مجلس القضا او قيل للمدعي صح فيجعل النكول فيما وراء الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضا باستحلاف الخصم نفسه وبهذا خرج الجواب عن الثالث اما عن الثاني فقد سبق في الوكالة **فان قلت** النكول يدل علي كونه كاذبا فيما انكر والا لما نكل عن اليمين الصادقة وفيه حصول الثواب باجرا ذكر الله بطريق التعظيم ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقا ماله فعلم انه انما نكل صيانة لنفسه عن اليمين الكاذبة المهلكة والدلالة تعمل عمل الصريح اذا دعت اليه ضرورة اولا الابري ان القيام عن المجلس في عقد البيع جعل اعراضا لكونه دليل الاعراض ولا ضرورة في جعله اعراضا **اجيب** بان النكول لو كان دليل الاقرار ودلت عمل الدلالة لا يختص بمواضع الضرورة الا انه يثبت الشي بالنظر الي الدليل يثبت من حيث الظاهر وهو لا يكفي للالزام فينبغي ان لا يجعل النكول اقرارا ملزما لكنه جعل ملزما للضرورة قطع الخصومة فلا يظهر كونه ملزما فيما وراء **قوله** وانزاله باذلا اولي لئلا يصير كاذبا في الانكار **فان قلت** نعم ولكن اذا دار بين حمله علي الاقرار والبذل اما اذا لم يمكن حمله علي البذل كما في هذه الاشيا يجب ان يحمل علي الاقرار لحاجتنا الي قطع الخصومة اذ قطعها واجب علي القاضي ولا يمكن ذلك الا بجعل النكول اقرارا عند وجود دليله والنكول دليل والنسبة الي الكذب محتمل لا يجوز وهنا ضرورة اما الامتناع عن قطع الخصومة فغير جايز عند القدرة **اجيب** بان قطع الخصومة لو كان واجبا علي القاضي فالامتناع عن حمل حال الشخص علي الفساد ايضا واجب ولا ترجيح حتي يقيم احدهما ويترك الاخر فيتوقف عن القضا بالضرورة **قوله** والبذل لا يجري في هذه الاشيا **قلت** البذل لا يجري في قتل النفس حتي لو قال اقتلني فقتله لا يهدر دمه بل يجب القصاص في رواية والدية في اخري مع انه يستحلف في دعوي القصاص في النفس بالاجماع **قوله** وفايدة الاستحلاف القضا بالنكول فلا يستحلف فنكل بما اذا ادعي قصاصا في النفس فجحد يستحلف بالاجماع مع انه لا يقضي هناك بالنكول بل يحبس عند النكول حتي يحلف او يقر فلو كانت فايدة الاستحلاف سوا القضا بالنكول ~~بل عند النكول~~ لما صح الاستحلاف فيما لا يقضي به وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالي **قوله** ويستحلف في الدين بناء علي زعم المدعي **قلت** ما يتوهم هنا من الاشكال

اي صحة الاستحلاف او صحة القضا بالنكول

بيان

تم ان ثبت ان الجواب عن الاول وتقريره ان النكول في الدين ان كان اعتباره بذلا بمعني التمليك والاعطا فمعكوس اعتباره بذلا بمعني ترك المخاصمة وترك المنع فيقضي بالنكول فيه باعتبار ان المدعي يزعم انه حقه يتنازع فيه احدهما البذل بمعني ترك الخصومة وترك المنع يبني عن احوال صحيحة يمكن ان يوجد هنا كالمال ولا يجري فيما يعظم امره كالنكاح فنكوله والبذل هنا اي في باب النكول او في باب الدين معناه هنا ترك المنع حتي اي صحة القضاء بدعوي الدين بالنكول بنا علي ان المدعي يزعم انه حقه والمدعا عليه ترك المنع والخصومة والبذل في هذا الباب بمعني ترك المنع اعم من ان يكون تمليكا او اعطاء او تركا للخصومة اخرى والذي ترك الخصومة يكفي لصحة القضا فيستحلف فيما هذا النوع من البذل ولا يستحلف في النكاح لتعذر البذل فيه بالمعنيين ان قوله الدين لا يتصور منه فجوابه ان المراد بترك المنع هنا ترك الخصومة والدين مما يتصور فيه ترك الخصومة على ما لا يخفى صح

بيان لجنسها ان الدين لا يقبل البذل لكونه وصفا ولانه حق الدائن والبذل انما يتصور في حق نفسه والاستحلاف يجري فيه بالاتفاق والثاني ان النكول لو كان بذلا لكان المدعا عليه متبرعا فلم يصح جبره علي التسليم اذ لا اجبار في التبرعات فكلام المصنف يحتمل جوابا عن الاول فقط فظاهر انه لا يدفعه لان زعم المدعي انه بعض حقه لا يوجب صحة البذل فيما لا يحتمله وكذا كون البذل بمعني ترك المنع لا يدفع ذلك لان تركه يحتمل تصوره والدين لا يتصور منعه ولو نظر الي ما يقضي به الدين وانه مما يقبل المنع فلا حاجة الي جعل البذل بمعني ترك المنع لانه يقبل البذل بمعني الاعطا ولان جعل جوابا عن الثاني فلا وجه لتخصيص الدين لان هذا الاشكال يتاتي في العين ايضا وجعل ذكر الدين اتفاقيا غير ظاهر جدا **قوله** والبذل معناه هنا ترك المنع جاز ان يكون دفع شبهة وهو ان الاستحلاف يجري فيما لا يصح البذل كما لو كان الدعوي في بعض ما يجري اذ الشايع لا يحتمل البذل والتمليك فاجاب بان البذل هنا ~~بمعنى~~ بمعني في موضع النكول بمعني ترك المنع لا بمعني التمليك والهبة حتي لا يجري في الشايع ثم هنا الا ان المدعا عليه الا ان اذا صالح علي جارية بعد ما نكل عن اليمين فاستولدها المدعي ثم استحقت يرجع المدعي علي المدعا عليه بالالف وبما ضمن للمستحق من قيمة الولد للمغرور وهذا يدل علي ان النكول اقرار اذ لو كان بذلا سيما بمعني ترك المنع لما رجع بقيمة الولد لان الرجوع بحكم الغرور باعتبار ضمان السلامة انما نصا او في ضمن عقد المعاوضة ولا منصوص هنا به وكذا لا معاوضة في حق المدعا عليه علي تقرير ان يكون النكول بذلا بمعني ترك المنع اذ الانسان لا يعوض ماله بماله بل يكون اعطا الجارية لدفع خصومته كما لو صالح عليها علي الانكار قبل النكول فان هناك لا يرجع المدعي علي المدعا عليه لان المعاوضة ليست بثابتة في حق المدعا عليه ولو كانت معاوضة في حق المدعي فلم يوجد ضمان السلامة **قوله** اذا كان النسب مما يثبت باقراره ثبوتا مثل ثبوت الاب والابن في حق الرجل ومثل ثبوت المولي والزوج في حقها فذكر المولي والزوج المثبتة للتمثيل فلا يرد ان ثبوت المولي والزوج ليس من ثبوت النسب في شي فكيف يصح التمثيل بهما **قوله** لان النكول اقرار فيه شبهة عدم ما فلا يثبت به القصاص **فان قلت** لو اقر بمطلق القتل من غير ذكر العمد يجب القصاص مع انه اقرار فيه شبهة لاحتمال ان يكون خطاء **قلت** جوابه قد ذكرنا في باب الشهادة علي الشهادة فعليك به **قوله** خصوصا اذا كان امتناع القصاص لجهة من عليه فانه اذا كان ~~الامتناع القصاص بجهة من عليه فانه اذا كان~~ الامتناع بجهة من له يجب الدية كما اذا ورث قصاصا علي ابيه بان مات لاخ رجل لام مثلا فورث قصاصا علي ابيه بيانه ان المانع اذا كان بجهة من له القصاص يكون تاثيره في ابطال الحق اقوي لانه تعذر عليه القصاص ومع هذا لم يؤثر في اهدار الدم فلان لا يهدر بامتناع القصاص اذا كان بجهة من عليه اولي كذا في الشاهان وقال الشارح

قوله

انا قيد بامتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه في حق وجوب المال احترازا عن امتناع القصاص بمعنى
من جهة من له القصاص فان هناك لا يجب على المدعا عليه شي لا القصاص ولا المال كما اذا اقام
مدعي القصاص على ما ادعى رجلا وامراتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشي لان الحجة قامت
بالقصاص لكن استيفاء القصاص امتنع والاصل لان المال مشروع اذا اضيف التعذر الى من عليه اعتباطا
بالخطاء واذا اضيف الى الولي يبطل معنى المنة فلم يجب المال الى هنا لفظه وهو تصريح بان امتناع القصاص
اذا كان بجهة من له يهدر الدم بحيث لا يجب المال ولا القصاص **قلت** اما في الشاهدان من نظير
امتناع القصاص بجهة من له بقوله كما اذا ورث قصاصا على ابيه ففيه نظر لانا لا نسلم ان امتناع القصاص
في هذه الصورة لمعنى من جهة من له بل من جهة من عليه وهو الابوة لان فضيلة الابوة يمنع ان يكون
الولد مستوجبا للقود عليه فالاولى ان يمثل امتناع القصاص بجهة من له بمسئلة المكاتب التي سنذكرها انشاء
الله تعالى فاما ماذكره الشارح من ان القصاص اذا امتنع لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب شي ينتقض بما اذا
قتل المكاتب وقد ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص في قولهم جميعا ولكن يجب قيمته على
القاتل لوارثه فقد يجب المال في هذه الصورة مع ان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص
وهو اشتباه كونه مستحقا وذلك لان المكاتب اذا مات عن وفاء لان كان يموت حرا عندنا فقد ظهر الاختلاف
بين الصحابة في موته على نعت الحرية فيورث شبهة في كون الوارث مستحقا للقود فلا يجب لا للوارث ولا
للمولى وفيما اذا اقام رجلا وامراتين لم يثبت ما يدعيه من القصاص لعدم الحجة المثبتة له فذلك
من باب عدم ثبوت القصاص لعدم حجته لا من باب سقوط بعد تحقق الموجب لمعنى من جهة من له بخلاف
ما اذا اقر بالقتل خطاء اي القتل موجب للقصاص عنده انه امتنع لمكان دعوى الخطاء ولا تعدلم
الحجة على العمد حتى لو اقر بمطلق القتل يقتص وايضا لو كان الامر كما ذكر الشارح لم يكن لقوله
خصوصا معنى لانه يشعر بوجوب المال عند امتناع القصاص لمعنى من جهة من له ايضا على ما لا
يخفى ذلك على من له معرفة باساليب الكلام **قوله** لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
... لما عرف من حرمة الانتفاع بشعر الادمي ولبنه وحرمة بيعهما وحرمة الاستمتاع بالجزء فلو كان
اطراف الادمي كالاموال لما حرم الانتفاع بهما وبيعهما وليت تبل حرم ذلك للكرامة قلنا فيجب
ان يحرم بذلها ايضا احتياطا في باب الحرمات **قوله** بخلاف الانفس حيث لا يجري البذل فيها حتى
لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في الاخرى لان بمجرد صورة الاباحة يكفي
لسقوط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمسلم دخل دار الحرب واسلم ثم قتله مسلم اخر هناك حيث لا يجب القصاص
على القاتل عندنا لان دار الحرب دار اباحة فيورث الشبهة وفي اليتيمة يجب الدية في قول علمائنا
الثلثة **قوله** واليمين حق مستحق يحبس فيه كما في القسامة لان اليمين حق مقصود لتعظيم امر الدم

ولهذا شرعت مكررة في القسامة فاذا نكل فقد امتنع من ايفاء حق مستحق مقصود وهو مما لا يجري فيه
النيابة فيحبس الى ان يحلف او يقر كما في القسامة كذا في الشرح وبهذا خرج الجواب عن ما ذكرنا
عند قوله وفايدة الاستحلاف القضاء بالنكول بحرف بالتامل وحاصله لان القضاء بالنكول انما
يتعين فايدة للاستحلاف فيما لم يكن اليمين حقا مستحقا فيه وفي القصاص اليمين مستحق لتعظيم
امر الدم فيستحلف لايفاء ما عليه من اليمين ولكن لقايل ان يقول اليمين حق مستحق للمدعي
عند عدم البينة لقوله عليه السلام لك يمينه اضاف اليه بلام الملك فكان حقه فيجب ان
يجبر على ايفاء هذا الحق سيما في النكاح فان امر البضع خطير ويحبس فيه ليحلف او يقر تعظيما للامر
كما في القصاص والله اعلم **قوله** لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به
بمنعه عن السفر مثلا لان المصنف احال بيان كيفية الملازمة الى ما ذكره في كتاب الحجر وقد
ذكر في كتاب الحجر بانه لا منع في الملازمة عن السفر حيث قال بعد ما ذكر قوله ولا يحول بينه وبين
غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر وقوله في الملازمة ولا يمنعونه
من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس هذا لفظه فلما
كان معنى الملازمة هنا هو ان يدور معه اينما دار كما يشعر به الحوالة الى بيان كيفية الملازمة
في كتاب الحجر لم يكن فيها منع عن السفر فكيف يتصور قوله بمنعه عن السفر الا ان يقال
انه بالملازمة وان لم يمنعه عن السفر يتسبب لامتناعه عنه لانه قلما يسافر مع ملازمة المدعي
ودورانه معه على ما هو العادة **فصل في كيفية اليمين والاستحلاف قوله** واليمين بالله
الى اخره **فان قلت** روي عنه عليه السلام انه حلف بغير الله في حديث طلحة بن عبد الله حيث
قال افلح وابيه ان صدق في بعض الروايات وفي حديث الصحيح العلوي فذلك وابي الجهر
قلت كل ما ثبت من نظايره فالتوفيق بينه وبين الاحاديث الدالة على حرمة اليمين بغير
الله تعالى هو ان المراد به الحلف على وجه التعظيم للمقسم به والمراد به الحلف على امور من
مظنة التاكيد كذا في حاشية المصابيح نقلا عن المشكاة **قوله** لما روينا الظاهر انه اشارة الى
قوله عليه السلام واليمين على من انكر وان التعليق ليس بيمين حقيقة لا الى قوله عليه السلام
من كان حالفا الحديث لان الحلف الحقيقي مراد به فسقط ارادة الحكمي والتعليق يسمى حلفا مجازا
ولانه لو كان المراد به هو المنع عن الحلف الحكمي والتعليق ايضا لحرم التعليق الذي هو يمين حكمي
مطلقا وانه جايز حتى لو قال ان فعلت كذا فعلي صوم سنة جاز ويتخير بين كفارة اليمين وصوم
السنة ثم الاظهر في التمسك به ما روي انه عليه السلام قال ملعون من حلف بالطلاق او حلف به
ويمكن ان يكون اشارة الى قوله من كان حالفا الخ ويراد به اليمين بالله وبغيره فانه ايضا حلف

رعا بدليل ما ذكرنا من قوله عليه السلام ملعون من حلف بالطلاق والتعليق بالطلاق في مقام
الدعوى حلف محض ليس فيه معنى التعليق لان التعليق انما يكون بامر على خطر الوجود
بخلاف قول الرجل ان فعلت كذا فعلي صوم سنة او عبدي حر فانه جائز لمعنى التعليق لانه تعليق
صورة وان كان حلفا معنى وهو في المعنى حلف بالله لانه لما افاد فايدة التاكيد صار كانه قال والله
لما فعلت كذا فليس فيه يمين بغير الله بخلاف قوله ان كان لفلان علي كذا فعبدي حر فانه
يمين محض ليس فيه معنى التعليق فيحرم بالنص **قوله** الا اذا كان فيه ترك النظر من جانب
المدعي فيحلف على السبب بالاجماع **فان قلت** في التحليف على السبب ضرر بالمدعا عليه لجواز
انه اشترى ولا شفعة بان سلم او سكت عن الطلب **قلت** القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر
باحدهما وكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت
له الحق فسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض
كذا في الشرح **وفيه نظر** لجواز ان يحلف على الحاصل بحيث لا يتضرر به واحد منهما بان يحلف
ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار وهكذا ذكر صورة التحليف في بعض الكتب
حيث قال فيه لو ادعى شفعة بالجوار قبل رجل لا يرى الشفعة به فانكر يحلف ما لهذا قبلك شفعة
على قول من يرى الشفعة بالجوار ولا يحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة في هذه الدار لانه يحلف بناء
على مذهبه فيفوت حق المدعي انتهى لنظم فظهر لك ان للقاضي بدا من الحاق الضرر باحدهما بتحليفه
على هذا الطريق ثم لما جاز التحليف على الحاصل بهذا الوجه كان قوله في الكتاب ثم يحلف على
السبب بالاجماع محل تامل ثم قوله والزوج ممن لا يراها وقوله والمشتري ممن لا يراها يشعران
بان الزوج اذا كان ممن يرى النفقة بالجوار ~~ثم لا يكون~~ للمبتوتة والمشتري ممن يرى الشفعة
بالجوار ثم لا يكون ما يحلف فيه على السبب بالاجماع لان التفصيل في الروايات ينفي الحكم
عما عداه ولكن ينبغي ان يحلف على السبب بالاجماع وان كان الزوج والمشتري يعتقد لزوم النفقة
للمبتوتة والشفعة لانه لو حلف على الحاصل ربما يتاول قول من لا يرى الشفعة بالجوار بان
يريد بقوله لا شفعة له قبلي انه لا شفعة له قبلي على قول من لا يرى الشفعة بالجوار فلا يحنث
في يمينه وذكر في الذخيرة ان القاضي يحلف على السبب نظرا للمدعي لان الدعوى في الشفعة بسبب الجوار
وبين العلماء اختلاف في استحقاق الشفعة بالجوار فلو حلفناه على الحاصل ربما يتاول قول من لا يرى
الشفعة بالجوار فلا يحنث في يمينه فيتضرر المدعي هذا كلامه وهو يحقق ما ذكرنا **قوله** لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده **فان قلت** قال عليه السلام اليمين على نية المستحلف
قلنا معناه انه لا عبرة لتورية الحالف ويمين الشخص على معتقده ليس من التورية فيكون صادقا

بالجوار

للز

وفيه بحث

وفيه بحث لانه روي عن عقبة قال كنا نأتي ابراهيم وهو خائف من الحجاج وكنا اذا خرجنا
من عنده يقول لنا ان سئلتم عني فاحلفوا بالله ما تدرون اين انا ولا في اي موضع انا واعنوا
انكم لا تدرون اني في اي موضع من الدار في مقدمها او مؤخرها فتكونوا قد صدقتم الا انسان
اذا كان في داره فالذي خارج الدار لا يدري انه في اي موضع منها وعن ابراهيم رضي الله عنه
انه قال في رجل اخذه رجل فقال ان لي معك حقا فقال احلف بالمشي الى بيت الله فقال له
ابراهيم احلف بالمشي الى بيت الله واعن به مسجد حيك وعن ابراهيم رضي الله عنه ايضا ساله رجل
وقال ان فلانا امرني ان آتي مكان كذا وكذا وانا لا اقدر على ذلك فما اصنع فقال له ابراهيم قل والله
الا ابصر الا ما سددني غيري واعن الا ما سددني ربي وعن البراء ابن سبرة رضي الله عنه قال دخل
حذيفة رضي الله عنه يحلف لعثمان على اشياء بالله ما قالها ولقد سمعنا قالها فقلت له يا ابا عبد
الله سمعناك تحلف لعثمان رضي الله عنه على اشياء ما قلتها ولقد سمعناك قلتها فقال حذيفة
رضي الله عنه اني اشتري ديني بعضه مخافة ان يذهب كله قال الشيخ الامام الاجل شمس
الائمة الحلوائي ره لم يكن بين عثمان وبين حذيفة رضي الله عنهما جميل في ملة فقيل لعثمان
ان حذيفة وقاع فيك فتغيظ عثمان بذلك فاحضر حذيفة مرارا ليعاتبه فخاف حذيفة فحلف على
الوجه الذي بيناه وكان كان يحلف ما قلتها ويعني به ما قلتها في مكان كذا وفي شهر كذا او يعني
بما الذي فان ما قد يكون بمعنى الذي وسال رجل ابراهيم وقال اني انال من رجل شيئا فيبلغه
فكيف اعتذر اليه فقال ابراهيم له قل والله ان الله ليعلم ما قلت من ذلك شيئا واعن به الذي
فعلم بهذا كله انه لا باس بالتورية في الايمان فيحمل الحديث ان الحالف اذا كان ظالما فاليمين
على نية المستحلف واعتقاد الشخص على ما اخذه مذهبا ليس بظلم **قوله** اذا الشراء والهبة سبب
لثبوت الملك وضعا **فان قلت** الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا **قلت** معنى قوله ان الشراء
سبب لثبوت الملك وضعا ان ذلك السبب يثبت باختيار المشتري ومباشرته ولو يعلم المشتري بان ذلك
العين الذي اشتراها البس ملك البايع لما باشر الشراء باختياره وكذا الموهوب له في قبول الهبة
بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره والا علم له بحال ملك المورث فلذلك
يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات كذا في الشرح وفيه من الضعف ما لا يخفى
لان كونه سببا للملك وضعا لا يدل على كونه ما يثبت باختياره حتى يراد به ذلك فالاوجه
ان يقال ان الارث ليس بسبب لثبوت الملك للوارث ابتداء بل هو سبب لكونه خليفة للمورث
في الاملاك فالملك الثابت للوارث عين ملك المورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فكان
من قبيل بقاء الملك دون ثبوته ابتداء بخلاف الشراء والهبة فانهما سببان لثبوت الملك ابتداء

بعض

وهو المراد بالتعليل المذكور في الكتاب فيقع به الفرق بين المشتري والوارث فتأمل وتوضيحه ان
ملك المشتري غير ملك بايعه وانه ملك متجدد وملك فالمرء عالم بحال ما ملكه فيحلف على البتات
وملك الوارث عين ملك مورثه ليس بمتجدد في حق الوارث انما هو خليفة المورث في الملك فكانه
ملكه ولكن الوارث قام مقامه بعد موته ولا علم للمرء بحال ملك غيره فيحلف بالعلم دون البتات فالشرى
سبب لثبوت الملك وموت المورث سبب لقيام الوارث مقامه في ملكه فملك المشتري ملكه لا ملك بايعه
وملك الوارث ملك مورثه المكتسب باب التحالف قوله في البيع بان اختلفا في الثمن
او قدر المبيع اما اذا اختلفا في وصف المبيع بان اشترى اربعين قفيزا ثم اختلفا انه عشرة ام عشرين فلا
يحالف اذ القدر فيما يضره التبعيض وصف قوله او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر
منه الى اخره قلت ذكر في الذخيرة في اخر كتاب المكاتب كاتب عبدا فقال العبد كاتبتني على
نفسي وعلى مالي على الف درهم وقال السيد كاتبتك على نفسك دون مالك فالقول للسيد ولا يتحالفان
بالاجماع لانهما اختلفا في مقدار المعقود عليه واتفقا على البدل ولو اختلفا على هذا الوجه في باب
البيع بان قال البايع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري لا بل اشتريت منك هذا
العبد وهذه الجارية بالف درهم لا يتحالفان ويكون القول قول البايع مع يمينه وعلى المشتري
البينة هذا كالاول وهذا تصريح بان الاختلاف في قدر المبيع لا يوجب التحالف وهو خلاف المذكور
هنا وخلاف النص الوارد في التحالف فهو يحتاج الى مزيد تامل قوله وهذا التحالف قبل القبض على
وفاق القياس وهذا الفساد بجامع القاضي فاما في اصل رواية المبسوط فلم يشترط في ان التحالف
يخالف القياس هذا الشرط فقال واذا اختلف البايع والمشتري في الثمن والسلعة قايمة في يد
البايع او المشتري فانهما يتحالفان ويترادان استحسانا وفي القياس القول قول المشتري لانهما
اتفقا على اصل البيع وادعى البايع الزيادة في الثمن والمشتري ينكر فالقول قوله مع اليمين ولكنا
تركنا القياس للسنة والمروي في الباب حديثان احدهما حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام
قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها فالقول ما يقوله البايع ويترادان والثاني حديث
ابي هريرة رض ان النبي عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والحديث مشهور
يترك به كل قياس بمقابلته ثم قال فكان ابو حازم القاضي يقول ان كانت السلعة في يد البايع
فالتحالف فيه بالقياس لان كل واحد يدعي لنفسه حقا على ما ذكر فيحلف كل على دعوى صاحبه
قياسا وان كان في يد المشتري فالتحالف فيه على خلاف القياس لان المشتري لا يدعي لنفسه على البايع
شيا فان المبيع سلم اليه باتفاقهما كذا في الشرح وقد يقال لو كان التحالف قبل القبض تحالفا
للقياس عند غير القاضي لما جرى التحالف عند غيره في الاجارة وبين الوارثين قياسا على البيع

لامتناع القياس على ما ورد بخلاف القياس وقد ابتنى التحالف في الاجارة وبين الوارثين من غير ذلك
الخلاف فيها ومن هذا قيل لا اختلاف بين رواية المبسوط واما اختاره القاضي في الحقيقة اراد
بالقياس الجلي لا القياس الخفي والمراد بالقياس في رواية المبسوط هو القياس الجلي
وجاز ان يكون الى مستحسنا بالحديث والقياس الخفي ايضا فقوله وكان القاضي ابو حازم الى اخره
لم يذكر لبيان المخالفة بل لتحقيق الاتفاق المعنوي فصار حاصل ما ذكر في المبسوط ان التحالف
قبل القبض مستحسن بالحديث والقياس الخفي ايضا وبعد القبض مستحسن بالحديث فقط فهذا هو
الموافق للاصول فتامل قوله لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قايمة تحالفا وترادا فان قلت هذا الحديث من الاحاد وقوله البينة على المدعي واليمين على
من انكر من المشاهير فكيف يجوز تخصيصه به قلنا هذا الحديث ايضا مشهور على ما ذكرنا من المبسوط
فيجوز التخصيص به وهذا يسقط ايضا لان راويه ابو هريرة رض وهو غير فقيه والخبر اذا كان مخالفا
للقياس وكان رواية غير فقيه يترك بمقابلته القياس ووجه السقوط ان هذا خبر مشهور
والمشهور لا يترك بالقياس وان كان راويه غير فقيه وانما ذلك في الاحاد الا يرى ان حديث الناسي
في الصوم لما كان مشهورا قدم على القياس وان كان راويه ابا هريرة رضي الله عنه وهو غير فقيه
على ان في اشتراط فقه الراوي لتقديمه على القياس وفي كون ابي هريرة غير فقيه كلاما فيما
بينهم عرف تمامه في اصول الفقه فان قيل لما خص قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر
بقوله اذا اختلف المتبايعان الحديث صار ظنيا فلم لا يجوز تخصيصه بما روي ان النبي عليه السلام قضى
بشاهد ويمين قلنا التخصيص انما يوجب الظنية ان لو كان المخصص معقول المعنى وحديث التحالف
معدول به عن القياس فلا يوجب ظنية المخصوص فلا يجوز تخصيصه بحديث القضاء بشاهد ويمين
على ان حديث بشاهد ويمين قد رد فلا يصلح مخصصا فان قيل حديث التحالف متروك الظاهر لان
ظاهره يقتضي وجوب التحالف مطلقا اختلفا في قدر المبيع او قدر الثمن او في الاجل او في شرط
الخيار فكيف يجوز تخصيص المشهور به قلنا متروك الظاهر انما لا يكون حجة اذا بقي مجملا بعد
ما ترك ظاهره والا فهو حجة كما كان الا يرى ان المطلق بعد التقييد يبقى حجة قطعية ولئن كان
هو متروك الظاهر وحديث التحالف مطلق قيد بالبيع فيبقى حجة كما كان قوله وذلك الاقتصار
على النفي لان الايمان وضعت على ذلك لعل للنفي وقد يشكل على هذا ما ذكر في الكتاب في اول
الباب الناهدات من قوله وكذا في رد البيع اذا اشتراها بشرط انها بكر وان قلت انما يثبت بحلف
البايع لبينه نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع انها لبكر كما تقول ان
كان قبل القبض وان كان بعد القبض بالله لقد سلمتها وهي بكر هذا كلامه لان يقال رعاية

صورة النفي من اداب الاختلاف فلو اكتفى بما يتضمن النفي من الاثبات لم يكن به باس لانه
قد اتى بما هو المستحق الا انه ترك الادب قوله نحو القاضي العقد بينهما بحق لان طلبا او طلب
احدهما بخلاف اللعان فان القاضي يفرق بينهما طلبا منه او لم يطلبا والفرق ان اللعان يثبت حرمة
المحل والحرمة حق الشرع فلا يحتاج الى طلب العبد كذا في الحاشية قلت انما يشترط هنا طلب احدهما
لان البيع وان فسد بالتحالف فهو يحتمل ان يعود صحيحا بالاصطلاح على امر وربما لا يرضى المتعاقدان
بالفسخ فيشترط طلب احدهما لينقطع رجاء الاصطلاح وكما يجوز دفع الفساد في البيع بالاصطلاح هنا يجوز
للزوج بعد اللعان ان يكذب نفسه فيرتفع الحرمة باكذابه فينبغي ان يتوقف الحكم بوقوع الفرقة
بينهما على طلبه لينقطع رجاء الاكذاب الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم امر العجلاني بالامساك بعد
التلاعن حيث قال امسكها ومعناه والله اعلم امسكها باكذاب نفسك الا ان يقال اكذاب النفس بعد
التلاعن بعيد في العادة اما الاصطلاح فكثيرا ما يوجد في البياعات والتقريب بعد ذلك ظاهر قوله
يقتضي بيعا بلا بدل وهو فاسد فلا بد من الفسخ فان قلت في البيع الفاسد لا يحتاج الى فسخ القاضي
كما في سائر البيوع الفاسدة قلت انما يستبدان بالفسخ في سائر البيوع الفاسدة لظهور الفساد هناك
في حقهما فهو مرلت بالفسخ فيتمكن كل واحد منه بانفراده ضرورة لان اقامة الواجب لا يمكن الا بالتمكن
منه اما ههنا فالفساد غير ظاهر في حقهما لان الفساد ههنا باعتبار عدم البدل او جهالته والبدل ثابت
متعين في حقهما لان كلا منهما يدعي بيعا صحيحا ببدل متعين فلا يثبت في حقهما الفساد فلا يومران
بالفسخ فلا يستبد به بل يتوقف حتى يصطلحا على شيء او يرفع الامر الى القاضي فيفسخ بطلبهما
وبهذا يندفع ما يقال لما كان البيع فاسدا ينبغي ان لا يحل للمشتري وطي الجارية المشتراة بعد التحالف
والمسئلة بخلافه وهذا لان الفساد لما لم يكن ظاهرا في حقهما فلا يثبت الحرمة للمشتري على ان الامام
الحلوائي رحمه الله قال في البيع الفاسد لا يحرم الوطي ولكن يكره فان قلت لو كان البيع فاسدا
لكان ينبغي ان لا يتوقف الفسخ ههنا الى طلبهما او طلب احدهما اذ الفسخ في الفاسد من البيع حق
الشرع لا حقهما فلا يحتاج الى طلبهما او طلب احدهما قلت انما يتوقف لان هذا البيع يحتمل الصحة بان
اصطلحا على شيء فلو فسخ بغير الطلب لتضرر به المتعاقدان لانهما ربما لا يرضيان بالفسخ اما اذا طلبا
او طلب احدهما الفسخ فقد يرتفع احتمال الصحة بالاصطلاح فيفسخ وفرق آخر بين صورة التحالف وسائر
البيوع الفاسدة ان الواجب في سائر البيوع انما هو فسخ العقد على كل واحد من المتعاقدين فيتفرد
كل منهما بالفسخ اذ الامر يقتضي تمكن المامور بما امر به والواجب في صورة التحالف هو التفاسخ اذ
المراد بالتراد والله اعلم التفاسخ اذ لا تراد قبل قبض المبيع او الثمن والحديث مطلق فلو تراضيا
عليه وان امتنع احدهما ينوب القاضي منابه دفعا للظلم من الآخر فعلى هذا شرط قضاء القاضي بين

مقتضيات النص لا زيادة على النص بالدليل والله اعلم وفي الحاشية فان قلت البيع بلا بدل يكون
باطلا وليس بفاسد وههنا قال انه فاسد قلت سلمنا ان البيع بلا بدل باطل لكنه ابتداء اما بقاء
ففاسد وههنا حالة البقاء بدليل قوله يبقى بيعا بلا بدل انتهى لفظها وفيه نظر لان البيع انما يبطل
انما يبطل باعتبار عدم الاهلية او المحلية ولا سبيل ههنا الى البطلان باعتبار عدم الاهلية فتعين
بطلانه لعدم المحلية وما يرجع اليها فالابتداء والبقاء فيه سواء كالشيوع يمنع ابتداء الرهن لعدم
كون الشايع محلا للرهن فكذا يمنع بقاءه وكالحرمية في باب النكاح لما يمنع الابتداء يمنع البقاء
ايضا فلما كان بطلان البيع بلا بدل باعتبار عدم المحلية ينبغي ان يستوي فيه الابتداء والبقاء
فالاولى ان يقال ان المراد بقوله بلا بدل بلا ذكر بدل وسكوتهما عنه وقد ذكر المصنف رحمه
الله في كتاب الوصايا قبيل فصل في اعتبار حالة الوصية ان البيع بدون ذكر الثمن فاسد وليس
بباطل حيث قال ولكن الثمن في البيع تابع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا
وفي الخزانة باع بغير ثمن هل ينعقد فيه روايتان واجمعوا انه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد
وههنا لما لم يثبت البدل بالاختلاف صار كانهما سكتا عن ذكر الثمن فينبغي منعقدا على وجه الفساد
قوله وانه يقبل دفع زيادة الثمن لان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع
على تقدير نكول المشتري من الحلف وهذا جواب ما يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رحمه الله بعد
الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف كذا في الربح
وفيه نوع تامل لان محمدا رحمه الله يقول بفائدة التحالف وهو الفسخ صرح به المصنف به قبيل هذا
حيث قال وقال محمد يتحالفان ويفسخ العقد على قيمة الهالك فاذا كان فائدة التحالف وهو الفسخ
ثابتا عنده لم يكن لهذا السؤال معنى وكذا لا يصح على هذا المعنى قوله فيما بعد وانما يراعى من الفائدة
ما يوجب العقد جوابا عن قوله وانه يقبل الخ يعرف بالتامل فالظاهر ان الضمير في قوله وانه
راجع الى ما يدعيه المشتري من العقد والمراد بالدفع هو دفع المشتري زيادة الثمن التي يدعيها
البايع عليه عن نفسه ذكره هذا جوابا عما سيأتي من قول ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يبالي بالاختلاف
في السبب بعد حصول المقصود يعني ان ما يدعيه المشتري من العقد غير مقبل لحصول مقصوده له ولا
معتبر بالسبب بعد حصول المقصود اذ لا فائدة فيه فاجاب عنه بان في دعواه فائدة وهو دفع زيادة
الثمن عن نفسه ثم اجاب عن هذا في تخريج الشيخين بقوله انما يراعى يعني ان الفائدة التي ذكرها
من دفع زيادة الثمن عن نفسه ليس من موجبات ما يدعيه المشتري من العقد بل هو من موجبات التحالف
وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد فلا يعتبر دعوى العقد بدون فائدة يوجبه فصار دعواه كالعدم
فلم يعتبر الدعوى الا من قبل البايع ولئن كان الضمير في قوله وانه للتحالف فالظاهر ان هذا بيان

فايدة التحالف علي تقدير النكول بعد ما اشار الي فايدته علي تقدير الحلف لانه لما حلفا فقد يفيد
الفسخ وان نكل احدهما ففايدته دفع الثمن عن المشتري لو نكل البايع ودفع زيادته علي المشتري
الي البايع لو نكل المشتري لانه جواب عما زعم الشارح قوله كما اذا اختلفا في جنس الثمن وذكر في
الجامع الكبير فصل اختلافهما في جنس الثمن بعد هلاك السلعة علي الاختلاف ايضا قلنا ان بيع
قوله ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وفيه نظر اما اولا فلانه لو ادعي
احدهما الهبة والاخر البيع يتحالفان مع انه اختلاف في السبب بعد حصول المقصود واما ثانيا فلان
المقصود من البيع ثبات سلامة المبيع للمشتري وسلامة الثمن للبايع والثمن بتمامه لم يسلم له علي
زعمه فلا يكون المقصود بالسبب حاصلا من كل وجه بخلاف ما ذكره لان بالالف من ثمن عبد فقال
المقر له انه غصب اذ مقصوده كل من موجب الالف وهو حاصل من كل وجه فلا يبالي بالاختلاف في السبب
هناك واما ثالثا فلان هذا الوجه يقتضي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة ايضا لحصول المقصود
واما رابعا فلان الحديث قد روي مطلقا عن قيد قيام السلعة فينبغي ان يجري التحالف حالة الهلاك
ايضا عملا باطلاقه واما خامسا فلان البينة مقبولة من المشتري فلو كان لا يبالي بدعواه بمجرد السبب
لما قبلت والجواب اما عن الاول فلان الاختلاف في السبب انما لا يبالي به لو لم يكن حكمهما
اما اذا اختلف حكمهما فحينئذ يبالي بذلك صرح به المصنف في الجنايات ولا شك ان حكم الهبة
يغاير حكم البيع لان الثابت بها يحتمل الرجوع ويتوقف علي القبض بخلاف الثابت بالبيع فلا
يكون ذكرها لغوا فيبالي بالاختلاف فيجري التحالف واما عن الثاني فلان حصول المقصود
من البيع في حق المشتري يكفي لعدم جريان التحالف لان المقصود لما كان حاصلا في حقه
يكون ذكر السبب بالنظر اليه لغوا فلا يكون البايع في حقه منكرا للبيع بالالف فلا يجب علي اليمين
للمشتري فاذا لم يجب اليمين علي البايع حصل المدعي واما عن الثالث فلان التحالف حال قيام
السلعة ثابت بالنص علي خلاف القياس واما عن الرابع ذكروا عنه جوابين احدهما وهو الاصح
ان في لفظ الحديث المطلق ما يدل علي قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد رد
الماخوذ حسا وحقيقة فظاهر انه لا يتاتي الا عند قيام السلعة وان كان المراد رد العقد وفسخه
فكذلك لان الفسخ يستدعي قيام العقد وذلك بقيام المعقود عليه وثانيهما ان المطلق والمقيد
اذا وردا في حكم واحد في حادثة واحدة فالمطلق محمول علي المقيد وفيه نظر لما عرف ان المطلق
والمقيد اذا وردا في السبب لا يحمل المطلق علي المقيد اذ لا مزاحمة في الاسباب لجواز ان يثبت
الحكم الواحد بعلل شتي ولا يخفي ان النصين وردا في السبب لا في الحكم وبه صرح المحققون من ايمة
الاصول وهو الحق فلا يحمل المطلق علي المقيد ثم ذكر في المنار انه اذا كان في احد الخبرين زيادة

فان كان الراوي واحدا يوخذ بالمثبت للزيادة كما في الخبر المروي في التحالف وهو رواية ابن
مسعود رضي الله عنه واما عن الخامس فيقال ان المشتري مدعي صورة والدعوي الصورية تكفي
لقبول البينة لا يري ان المودع اذا ادعي رد الوديعة يقبل بينته وان كان لا يتوجه دعواه
اليمين علي خصمه اعتبارا للمعني اذ المنكر معني هو المودع لانه ينكر الضمان والمودع يدعيه وفيه نظر
لان صورة الدعوي وان كانت تكفي لقبول البينة لكن اذا كانت معتبرة مقبولة ودعوي مجرد
السبب علي ما ذكر غير معتبر لعدم الفايدة التي هي من موجبات السبب فينبغي ان لا يترتب عليه
البينة وبيانه في باب ما يدعيه الرجلان النصرح باب القضاء بمجرد السبب من غير ان
يتبين حكمه باطل من حيث انه غير مقصود ثالها ولي ان يقال ان دعوي المشتري لما كان متضمنا لدفع
زيادة الثمن عنه اعتبرت لقبول البينة ولما لم يكن تلك الفايدة من موجبات العقد لم يعتبر
للاستحلاف عملا بالاعتبارين ولم يعكس لان مجال البينة اوسع قوله وانما يراعي من الفايدة
ما يوجبه العقد يشكل بما اذا باع عبدا فقتله رجل قبل التسليم الي المشتري عمدا فان البيع يبقي لما
فيه من فايدة استيفاء القصاص مع ان القطع بان القصاص ليس من موجب عقد البيع بل من موجبات
قتل من له ولاية الا ان يقال القصاص بدل المحل من وجه وللبدل حكم المبدل فكان استيفاء
القصاص كقبض المبيع وفايدة قبض من موجبات العقد قوله وان هلك احد العبدين لعل بعد
ما قبضهما المشتري لانه ذكر في الجامع الصغير رجل اشتري عبدين ومات احدهما ثم اختلفا في الثمن فالقول
قول المشتري مع يمينه ثم قال بعد هذا في حجة محمد رحمه الله بانه يتحالفان عليهما بقوله ولهذا لو هلك احدهما
قبل القبض يتحالفان وبهذا يعلم ان بعض المبيع اذا هلك قبل القبض يتحالفان بالاجماع كذا في
الشرح قلت لو كان التحالف قبل القبض عند هلاك احد العبدين بالاجماع لا شكل علي الوجه
الثاني من الوجهين المذكورين في الكتاب لابي حنيفة رضي الله عنه اعني قوله ولانه لا يمكن التحالف
في القايم الا علي اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيودي
الي التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ووجه الاشكال ظاهر لان هذا الوجه يقتضي ان لا يجوز
التحالف عند هلاك بعض المبيع قبل القبض وبعده لانه يودي الي التحالف مع الجهل في الفصلين
علي ما لا يخفي قوله وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
هذا معدول به عن ظاهره والمراد القول قول المشتري في حصة الهالك لعل يوخذ حصة الهالك
من الثمن الذي يدعيه المشتري دون البايع وانما عدل عن الظاهر لما ياتي في تخريج قول ابي
يوسف رحمه الله انهما اذا اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع قوله ولانه لا يمكن التحالف
في القايم الا علي اعتبار حصته من الثمن قلت فان قيل لا يجوز ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما

بما يدعيه البايع والبايع بالله ما بعتهما بما يدعيه المشتري فان حلفا تفسخ البيع في القايم ويسقط حصته
من الثمن ويلزم حصة الهالك ما يدعيه من الثمن فلا يلزم التحليف مع الحمل انما يلزم ذلك لو
حلف كل واحد منهما بعد تقسيم الثمنين عليهما **اجيب** بانه لو حلف قبل تقسيم كل من الثمنين لزم التحالف
على الهالك ايضا وانه من حيث انه لا يثبت حكم التحالف ليس بمحل له فلا بد من تقسيم الثمنين عليهما
ثم التحالف على القايم ولكن هذا يشكل بما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك احدهما قبل القبض
حيث يتحالفان في القايم هناك بالاجماع على ما ذكر الشارح ولا يمكن التحالف بعد التقسيم سبعين التحالف
على الثمنين كما قيل ولكنه يستلزم التحالف على الهالك ايضا فالاولى ان يحلف المشتري بالله ما اشترى
القايم على ان يبقى مبيعا بعد هلاك صاحبه بما يخصه من الالفين عند القسمة على قدر قيمتهما ويحلف
البايع بالله ما بعت القايم على ان يبقى مبيعا بعد هلاك صاحبه بما يخصه من الالف فلا يلزم التحالف
مع الحمل والاية الهالك فكان المعول عليه من النكتة الاولى والثانية الزامية على من يقول
بالتحالف على قول ابي يوسف رحمه الله في القايم بعد تقسيم الثمنين وتعيين حصته منهما والله اعلم **قوله**
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا اي يخرج الهالك من العقد ويجعل القايم
كل المعقود عليه وهذا اشارة الى ان الزيادة والحط في الثمن والمبيع يلتحقان باصل العقد لانهما
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير
فيلتحق الحط عن المبيع كما يصح عند قيام المحطوط يصح عند هلاكه ايضا اذ الاخراج عن العقد
لا يحتاج الى قيام المعقود عليه انما المحتاج اليه ادخاله في العقد والزيادة فيه فاذا اتفقا على
اخراج الهالك من العقد صار الثمن كله بمقابلة القايم فلا يجوز للمشتري ان يحلف ما اشترى
القايم بما يدعيه البايع اذا كان قد اشتراه به واذا حلفا وتفاسخا العقد لم يكن للبايع سوى
القايم **قوله** ويلزم المشتري حصة الهالك لما بحصتها اقرب المشتري اذ المأخوذ عنه في الهالك قول
المشتري مع يمينه **قوله** وان اختلفا في قيمة الهالك فالقول للبايع **فان قلت** القول للقابض ضمينا
كان او امينا لانه اعرف بحال المقبوض والقابض ههنا هو المشتري فيجب ان يكون القول
له **اجيب** بان القول انما يكون للقابض في قيمة الهالك ان لو كان المقصود من القيمة
والمقصود ههنا دعوى زيادة السقوط فالمشتري يدعيه والبايع ينكر فيكون القول للمنكر **قوله**
والقيمة على العيب فيما اذا استهلكه غير المشتري **فان قيل** التحالف في هذه الصورة منصوص
عليه لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يتناول حال بقاء السلعة
وعدمها **قلنا** لا بل هي غير منصوص عليه لان هذا المطلق محمول على المقيد كما مر فكان المراد من
هذا المطلق المقيد وكذا قرينة الترادّ دال على بقاء السلعة كذا في الكفاية وفي التكنيت

بحث اما في الاولى فلان الحمل انما يجب اذا وردا في حكم واحد في حادثة واحدة فاما اذا وردا
في السبب فلا يصح الحمل لعدم التزاحم فيه وقد وردا هنا في السبب كما ذكرنا ولان المطلق
ان كان يجب حمله على المقيد اذا وردا في حكم في حادثة وتعذر الجمع بينهما فالمرسل عن الشرط
لا يصح ان يحمل على المعلق عليه لما عرف انه جاز ان يكون الحكم الواحد معلقا الى معدوما
يوجد عند وجود الشرط ومرسلا الى معدوما يصح ان يوجد عند عدمه اذ لا منافاة بين الارسال
والتعليق قبل الوجود الا يرى ان جواز نكاح الامة معلق بعدم الاستطاعة على طول الحرة
في قوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا الاية وانه مرسل عن الشرط في قوله تعالى واحل لكم ما وراء
ذلكم وقوله عليه السلام والسلعة قايمة حال والحال في معنى الشرط كانه قال ان كانت السلعة
قايمة فلا يصح حمل المرسل عن هذا من الروايتين على المعلق منهما ثم ذكر الامام فخر الاسلام في بحث
الشرط ان صيغة الشرط او دلالته لا ينفك عن معناه قط وفسر المعنى بالعدم عند العدم وتوقف
الوجود على الشرط حتى لم يجوز اجزاء الشرط في قوله تعالى وكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا على
وفاق العادة يحمل الامر على الاباحة وقضى بان ذلك فعل بالغاء الشرط وكلام الله تعالى منزه
عن ذلك واوجب ان يحمل وكاتبوهم على الاستحباب المشروط بشرط العلم بالخير وقوله والسلعة
قايمة في قوة قوله ان كانت السلعة قايمة فيدل على كون قيام السلعة شرطا لجريان التحالف والتي
متى كان مشروطا بشيء استحال ان يوجد بغيره فيحمل المرسل عن هذا الشرط على المعلق به لئلا
يلزم ان يكون الشيء مشروطا بشيء وغير مشروط به واما في النكتة الثابتة فنقول ان كان
المراد بالتراد حقيقته وهو ان يرد البايع الثمن والمشتري المبيع كان النص واردا فيما
بعد التقابض اذ التراد على هذا الوجه لا يتصور الا بعده ويكون المنصوص هو التحالف بعد
التقابض فاما قبله فلا يكون التحالف منصوصا عليه بهذا النص سواء كانت السلعة قايمة او مستهلكة
باستهلاك غير المتعاقدين بل يكون التحالف في هاتين الصورتين بقوله عليه السلام واليمين
على من انكر وحينئذ لا معنى لقياس القيمة اذا استهلك المبيع غيرهما على العين لاستوائهما في
الدخول في الحديث المشهور وعدم الدخول في حديث التحالف وان كان المراد بالتراد التفاسخ
كانت صورة هلاك المبيع باستهلاك غيرهما منصوصا عليها ايضا بنص التحالف لامكان التفاسخ فيها
لبقاء العقد لقيام القيمة مقام المبيع ولا معنى لقياس المنصوص على غيره وايضا النبي صلى الله
عليه وسلم رتب التراد على مطلق اختلاف المتعاقدين سواء اختلفا قبل القبض او بعده فلا
بد ولا ان يراد بالتراد التفاسخ لانه الممكن قبل التقابض او يقيد الاختلاف بما بعد التقابض
بحذف القيد اي اذا اختلف المتعاقدان بعد القبض ولكن المجاز اهون من الحذف والله

بما يدعيه البايع والبايع بالله ما بعتهما بما يدعيه المشتري فان حلفا تفسخ البيع في القايم ويسقط حصته
من الثمن ويلزم حصة الهالك ما يدعيه من الثمن فلا يلزم التحليف مع الجهل انما يلزم ذلك لو
حلف كل واحد منهما بعد تقسيم الثمنين عليهما اجيب بانه لو حلف قبل تقسيم كل من الثمنين لزم التحالف
على الهالك ايضا وانه من حيث انه لا يتعلق حكم التحالف ليس بمحل له فلا بد من تقسيم الثمنين عليهما
ثم التحالف على القايم ولكن هذا يشكل بما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك احدهما قبل القبض
حيث يتحالفان في القايم هناك بالاجماع على ما ذكره الشارح ولا يمكن التحالف بعد التقسيم فيتعين التحالف
على الثمنين كما قيل ولكنه يستلزم التحالف على الهالك ايضا فالاولى ان يحلف المشتري بالله ما اشترى
القايم على ان يبقى مبيعا بعد هلاك صاحبه بما يخصه من الالفين عند القسمة على قدر قيمتهما ويحلف
البايع بالله ما بعت القايم على ان يبقى مبيعا بعد هلاك صاحبه بما يخصه من الالف فلا يلزم التحالف
مع الجهل ولا في الهالك فكانت المعول عليه من النكتة الاولى والثانية الزامية على من يقول
بالتحالف على قول ابي يوسف رح في القايم بعد تقسيم الثمنين وتعيين حصته منهما والله اعلم قوله
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا اي يخرج الهالك من العقد ويجعل القايم
كل المعقود عليه وهذا اشارة الى ان الزيادة والحط في الثمن والمبيع يلتحقان باصل العقد لانهما
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير
فيرات الحط عن المبيع كما يصح مثل قيام المحطوط يصح عند هلاكه ايضا اذ الاخراج عن العقد
لا يحتاج الى قيام المعقود عليه انما المحتاج اليه ادخاله في العقد والزيادة فيه فاذا اتفقا على
اخراج الهالك من العقد صار الثمن كله بمقابلة القايم فلا يجوز للمشتري ان يحلف ما اشترى
القايم بما يدعيه البايع اذا كان قد اشتراهما به واذا حلفا وتفاسخا العقد لم يكن للبايع سوى
القايم قوله ويلزم المشتري حصة الهالك الى ما يخصها اقر به المشتري اذ الماخوذ عنه في الهالك قول
المشتري مع يمينه قوله وان اختلفا في قيمة الهالك فالقول للبايع فان قلت القول للقابض ضمينا
كان او امينا لانه اعرف بحال المقبوض والقابض هنا هو المشتري فيجب ان يكون القول
له اجيب بان القول انما يكون للقابض في قيمة الهالك ان لو كان المقصود من القيمة
والمقصود هنا دعوى زيادة السقوط فالمشتري يدعيه والبايع ينكر فيكون القول للمنكر قوله
في القيمة على العين فيما اذا استهلكه غير المشتري فان قيل التحالف في هذه الصورة منصوص
عليه لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يتناول حال بقاء السلعة
وعدمها قلنا لا بل هي غير منصوص عليه لان هذا المطلق محمول على المقيد كما مر فكان المراد من
هذا المطلق المقيد وكذا قرينة التراد دال على بقاء السلعة كذا في الكافي وفي التكثير

بحث اما في الاولى فلان الحمل انما يجب اذا وردا في حكم واحد في حادثة واحدة فاما اذا وردا
في السبب فلا يصح الحمل لعدم التزاحم فيه وقد وردا هنا في السبب كما ذكرنا ولان المطلق
انما كان يجب حمله على المقيد اذا وردا في حكم في حادثة وتعذر الجمع بينهما فالمرسل عن الشرط
لا يصح ان يحمل على المعلق عليه لما عرف انه جاز ان يكون الحكم الواحد معلقا الى معدوما
يوجد عند وجود الشرط ومرسلا الى معدوما يصح ان يوجد عند عدمه اذ لا منافاة بين الارسال
والتعليق قبل الوجود الا يرى ان جواز نكاح الامة معلق بعدم الاستطاعة على طول الحرة
في قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الاية وانه مرسل عن الشرط في قوله تعالى واحل لكم ما وراء
ذلكم وقوله عليه السلام والسلعة قايمة حال والحال في معنى الشرط كانه قال ان كانت السلعة
قايمة فلا يصح حمل المرسل عن هذا من الرواية على المعلق منه ثم ذكر الامام فخر الاسلام في بحث
الشرط ان صيغة الشرط اولا النفي لا ينفك عن معناه قط وفسر المعنى بالعدم عند العدم وتوقف
الوجود على الشرط حتى لم يجوز اجزاء الشرط في قوله تعالى وكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا على
وفاق العادة يحمل الامر على الاباحة وقضى بان ذلك قبل بالغاء الشرط وكلام الله تعالى منزه
عن ذلك واوجب ان يحمل وكاتبوهم على الاستحباب المشروط بشرط العلم بالخير وقوله والسلعة
قايمة في قوة قوله ان كانت السلعة قايمة فيدل على كون قيام السلعة شرطا لجريان التحالف والذي
متى كان مشروطا بشي استحال ان يوجد بغيره فيحمل المرسل عن هذا الشرط على المعلق به لئلا
يلزم ان يكون الشي مشروطا بشي وغير مشروط به واما في النكتة الثانية فنقول ان كان
المراد بالتراد حقيقته وهي ان يرد البايع الثمن والمشتري المبيع كان النص واردا فيما
بعد التقابض اذ التراد على هذا الوجه لا يتصور الا بعده وح يكون المنصوص من التحالف بعد
التقابض فاما قبله فلا يكون التحالف منصوصا عليه بهذا النص سواء كانت السلعة قايمة او مستهلكة
باستهلاك غير المتعاقدين بل يكون التحالف في هاتين الصورتين بقوله عليه السلام واليمين
على من انكر وحينئذ لا معنى لقياس القيمة اذا استهلك المبيع غيرهما على العين لاستوائهما في
الدخول في الحديث المشهور وعدم الدخول في حديث التحالف وان كان المراد بالتراد التفاسخ
كانت صورة هلاك المبيع باستهلاك غيرهما منصوصا عليه ايضا بنص التحالف لامكان التفاسخ فيها
لبقاء العقد لقيام القيمة مقام المبيع ولا معنى لقياس المنصوص على غيره وايضا النبي صلى الله
عليه وسلم رتب التراد على مطلق اختلاف المتعاقدين سواء اختلفا قبل القبض او بعده فلا
بد ولئن يراد بالتراد التفاسخ لانه الممكن قبل التقابض او يقيد الاختلاف بما بعد التقابض
بحذف القيد اي اذا اختلف المتعاقدان بعد القبض ولكن المجاز اهون من الحذف والله

اعلم قوله لانه يوجب النقض معلولا بعد القبض ايضا قال الشارح وقد ذكرنا قبل هذا الباب
ان كون النقض بعد القبض حال قيام السلعة غير معلول اختيار للقاضي ابي حازم واما
عند غيره فمعلول ما دامت السلعة قائمة سواء كان قبل القبض او بعده واختصاص محمد رحمه الله بانه
يرى النقض معلولا انما يظهر فيما اذا وقع الاختلاف بعد هلاك السلعة وقد ذكرنا انتهى لفظه
قلت قد ذكر الشارح في هذا الباب ما يدل على ان النقض ليس بمعلول عند غير القاضي ابي
حازم مطلقا اي قبل القبض وبعده على خلاف المذكور هنا حيث قال عند قوله وهذا التحالف
قبل القبض على وفاق القياس ان هذا الذي ذكره اختيار القاضي ابي خازم فاما في اصل
رواية المبسوط فلم يشترط في ان التحالف يخالف القياس هذا الشرط فقال واذا اختلف البايع
والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البايع او المشتري فانهما يتحالفان ويترادان استحسانا وفي
القياس القول قول المشتري لانهما اتفقا على اصل البيع وادعى البايع الزيادة في الثمن والمشتري
ينكر فالقول قول المنكر مع اليمين لقوله عليه السلام واليمين على من انكر لكنا تركناه بالسنة
وكان ابو حازم يقول ان كانت السلعة في يد البايع فالتحالف بطريق القياس وان كانت في يد
المشتري فالتحالف بخلاف القياس هذا لفظه والله اعلم قوله فالقول قول المسلم اليه بعد التحالف
فيه اما قياسا فلعدم الانكار من الجانبين والتحالف على وفق القياس لا يمكن الا فيما اذا جرى
الانكار والدعوى من الجانبين وذا فائت هنا واما بخلاف القياس فلان نص العقد من اوله ثم
التحالف الذي هو على خلاف القياس وفسخ اقالة السلم غير صحيح مع ان الاقالة ليس في حكم
البيع مطلقا حتى يلحق بمعنى النص الوارد في البيع المطلق واردا فيها سيما اقالة السلم فانه فسخ
في حق المتعاقدين وغيرهما قوله لانه اسقاط فلا يعود وذكر صدر الشهيد رحمه الله القول قول المسلم اليه
ولا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان
رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط المسلم فيه اصلا فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفان
كذا في الشرح قلت قد ذكر المصنف رحمه الله في كتاب السلم ما يدل على ان الاقالة في السلم كالاقالة في ساير
البيوع حيث قال فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه
لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا
يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الى هنا لفظه فقد جعل راس
المال مبيعا لتصحيح الاقالة فتكون الاقالة واقعة على راس المال وهو ثابت بالاقالة كما يثبت بها
البيع في البيع فعلى هذا يكون الاقالة في السلم ايضا لا اسقاطا فلا بد من التوفيق وجوابه قد مر
قوله وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله لان كل واحد منهما مدعي ومنكر اما الزوج فلانه يدعي

الحط عن مهر مثلها اذ الكلام فيما اذا كان مهر مثلها الفا وخمسمائة واما المراة فلانها تدعي الزيادة
على مهر مثلها وهو ينكر كذا في الشامل قلت بل الكلام في الوجوه كلها لان المذكور في الكتاب
قول الكرخي رحمه الله وهو يقول بالتحالف في جميع الوجوه كما يفصح عنه قوله بعد فيقدم في الوجوه كلها
فالاولى في وجه التحالف ان يقول ان الزوج يدعي وجوب تسليم النفس عليها بمقدار ما يدعيه
من المهر وهي تنكر اذ المسئلة مفروضة فيما قبل التسليم يدل عليه قوله في الكتاب ويبدا بيمين
الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري والمراة تدعي الزيادة
وهو ينكرها فيتحالفان لان كلا ينكر دعوى صاحبه قوله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية
وسقوط اعتبارها بالتحالف وههنا بحث اما اولا فلان صحة التسمية وسقوطها انما يمنع تحكيم مهر المثل
لايجابه ونحن لا نحكمه للايجاب بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ليكون القول قوله مع اليمين وبهذا
رجح الشارح تخريج الرازي رحمه الله واما ثانيا فلان سقوط اعتبار التسمية يوجب المصير الى مهر المثل
لا تحكيمه وذلك ظاهر والجواب اما عن الاول فلان تحكيم مهر المثل لمعرفة من يشهد له الظاهر
يستلزم اعتباره للايجاب ايضا لانه يؤدي الى ما ذكروا في تخريج الرازي رحمه الله ان مهر المثل اذا كان
مثل ما ادعته المراة او اكثر وحلفت يجب عليه الالف بجهة التسمية لاتفاقهما عليه والالف بجهة
مهر المثل حتى يتخير الزوج في الالف الذي وجب باعتبار مهر المثل ان شاء جعلها دراهم وان شاء جعلها
دنانير فلو قدمنا التحكيم لادى الى اعتبار مهر المثل لايجابه مع وجود التسمية وذلك غير صحيح فيقدم
التحالف في الوجوه كلها فظهر ان تخريج الكرخي اصح كما هو اختيار شمس الائمة رحمه الله واما عن الثاني
فلان التحالف انما يوجب سقوط اعتبار التسمية فيما لم يتفقا عليه لا فيما اتفقا عليه فيجب اعتبار
مهر المثل فيما لم يتفقا واعتبار التسمية فيما اتفقا فلو حكم بمهر المثل فقط لزم اعتباره فيما اتفقا عليه
وفيما اختلفا فيه وهو باطل والدليل على هذا ان المهر اذا كان مثل ادعاء الزوج او اقل يجب
عليه الالف كله بجهة التسمية حتى لا يتخير الزوج في جعله دراهم او دنانير فلو كان اعتبار التسمية
ساقطا فيما اتفقا عليه ايضا لوجب عليه الالف بجهة مهر المثل فيتخير فيه وليس كذلك قوله معناه اختلفا
في البدل او في المبدل وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري التحالف بينهما فيه بل
القول قول من ينكر الزيادة كذا في الشرح وينبغي ان يعلم انه اراد بالاجل الاجل في الاجرة لا
الاجل الذي هو شرط لصحة الاجارة كاجارة الدار الى شهر او شهرين فانه لو وقع الاختلاف
فيه يتحالفان كما صرح به في المتن بعد هذا باسطر لان ذلك في الحقيقة اختلاف في قدر المبدل
وهو المنفعة لانها تعرف بالاجل ويقدر به اما تاجيل الاجرة فهو كالتاجيل في ثمن المبيع فلا
يجري التحالف بالاختلاف فيه قوله فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدا بيمين المستاجر لانه منكر

لوجوب الاجرة واعترض بان الانكار المجرد يوجد في جانب الموجر ايضا لانه منكر لوجوب التسليم
اولولاية الاستيفاء بقدر ما يدعيه المستاجر وبانه ينبغي ان يبدا بيمين الموجر تعجيلا لفايدة
النكول فان وجوب تسليم المعقود عليه على الآجر اولا ووجوب الاجرة بعده واجيب في الحاشية
بان المستاجر قاصد في الانكار فيبدي بيمينه **وفيه نظر** لان من شرط التحالف استوا المتخاصمين
في الدعوي والانكار حتى لو كان احدهما منكرا قصدا وللاخر ضمنا لا يتحالفان كالمودع يدعي رد الوديعة
وينكر وجوب الضمان والمودع يقصد بدعواه وجوب الضمان وينكر الرد ومع ذلك لم يتحالفا بل
القول هناك قول المودع مع اليمين لان الانكار من المودع غير مقصود بل مقصوده دعوي
وجوب الضمان على انه قد ذكر الشارح قبل هذا ان الدعوي اينما كان لا يخلو عن انكار
الطرفين ولكن الاعتبار للمقصود منهما وقد ذكرنا في اول الباب فلو كان مجرد الانكار كافيا
لجريان التحالف لتحالفا في الرهاين كلها فعلى هذا لو كان انكار الموجر ضمنيا لما جري التحالف
بينهما وان اجيب بان كلا من الموجر والمستاجر وان كان قاصدا في انكار ما يدعيه صاحبه
لكن لا يخفي ان قصد المستاجر في الانكار عند الاختلاف في الاجرة اقوي من قصده دعوي
وجوب التسليم اوولاية الاستيفاء بقدر ما يدعيه من الاجرة فنقول ان هذا النوع من الاعتبار
ينافي عنه لاختلاف المتبايعين في قدر المبيع مع انه لا يبدا بيمين البايع وان كان اهم الامرين
له هو الانكار الا ان يجاب بانه يبدي بيمين المشتري في هذه الصورة وان كان قصد البايع اقوي
تعجيلا لفايدة النكول وليس في الاجارة تعجيل فايدة لما سنذكره في الجواب عن الثاني واجيب
عن الثاني في الكافي بان الاجرة ان شرط تعجيلها فهو الاسبق انكارا فيحلف فان لم يشرط
لا تمنع البايع من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر
لزيادة الاجرة فيحلف ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس ان لا يتغير حكم النص
في الفرع بل يتعدي حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا تم لفظه **وفيه نظر** للقطع بان الموجر ايضا
منكر لوجوب التسليم اولولاية الاستيفاء بما يدعيه المستاجر والا لم يجر التحالف بينهما فهما في الانكار
سواء فنقول فبقي انكار المستاجر المستقربان الموجر ليس بمنكر ممنوع وايضا ان للمقيس عليه ههنا
حكمين التحالف والبداية وكل من هذين الحكمين معلول وغير خاف انه لا يلزم من تعدية احد
الحكمين الي فرع لوجود علته فيه تعدية الحكم الاخر اليه مع انعدام علته فيه الا يري ان التحالف
يجري في النكاح بالقياس على البيع وهناك قد تعدي احد الحكمين وهو التحالف لوجود علته
وهو انكار الطرفين ولم يتعد الحكم الاخر وهو الفسخ لانعدام علته وهي الفساد فكذا في الاجارة ينبغي
ان يتعدي التحالف لوجود علته فيه ولا يتعدي البداية بيمين المستاجر لانعدام علته فيها على انا لا نسلم

ان التخالف في الاجارة يثبت بالقياس على البيع بل بقوله عم البينة على المدعي واليمين
على من انكر لانه يقتضي وجوب اليمين على كل منكر وقد وجدنا كلا من الموجر والمستاجر
منكرا لدعوي صاحبه فاوجبنا اليمين على كل واحد عملا بعموم النص والقياس انما يصح ان
لو لم يكن الفرع منصوصا عليه على ان البداية بيمين المستاجر لو كانت باعتبار ان الاجارة
الحقت بالبيع وجب ان يبدا بيمين المستاجر عند الاختلاف في المنفعة ايضا فالاولي ان
يقال في الجواب ان المستاجر اشد انكارا لانه منكر لوجوب زيادة الاجر الذي يدعيه الموجر
راسا والموجر لا ينكر وجوب التسليم اوولاية استيفاء المنفعة اصلا بل ينكره بقدر ما يدعيه المستاجر
وانكار الاصل اشد من انكار الوصف مع الاقرار بالاصل وكذا الموجر اشد انكارا اذا وقع
الاختلاف في المنفعة لانه ينكر زيادة المنفعة اصلا والمستاجر لا ينكر وجوب تسليم الاجرة ولكن
ينكر وجوب تسليمها بمقابلة ما يدعيه الموجر من المنفعة وكان البداية بيمين المستاجر عند
الاختلاف في الاجرة وبيمين الموجر عند الانكار في المنفعة اولي **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله
ان البدل مقابل بفك الحجر اذ الكتابة عقد معاوضة وقد وجبت بدل الكتابة على العبد
فينبغي ان يثبت العبد شي ايضا وما ذاك الا فك الحجر واذا ادي بدل الكتابة ينقلب من
كونه مقابلا بفك الحجر الي كونه مقابلا بالحرية لانها هي المقصودة كما يجعل وجوب الاجرة في ابتداء
عقد الاجارة مقابلا برقبة الدار ثم يصير مقابلا بالمنافع المطلوبة عند حدوثها فكذلك هنا فاذا كان
كذلك بقي الاختلاف في قدر البدل لا في قدر المبدل لما انه سلم له فلا يلي عبد المكاتب فلا يحلف
المولي فلا يتحقق التحالف كذا في الكافي **وفيه نظر** لان الاجارة اذا كانت نظير الكتابة
ينبغي ان لا يتحالفا فيها اذا اختلفا في البدل قبل استيفاء المنفعة بعد ما سلم العين الي
المستاجر والملازمة بخلافه فقد سبق انهما اذا اختلفا في البدل او في المبدل قبل استيفاء المعقود
عليه اعني المنفعة تحالفا وترادا فلو كانت الاجرة بمقابلة رقبة الدار في الابتداء كما ان البدل
في الكتابة بمقابلة فك الحجر ينبغي ان لا يتحالفا بعد تسليم العين المستاجرة قبل التمكن من
استيفاء المنفعة وليس كذلك وجوابه ان البدل في الاجارة انما يجعل مقابلا بالعين في
الابتداء تصحيحا للعقد والا فالعين ليس بمقصود في الاجارة بوجه فلا يظهر هذه المقابلة فيما وراء
التصحيح اما فك الحجر في الكتابة فهو مقصود ايضا وان كان دون الرقبة فجاز ان يكون مقصودا
بالمقابلة والله اعلم **قوله** وهو سالم للعبد اشارة الي ما مر من انه لا عبرة بدعوي السبب عند حصول
المقصود له وقد سلم للعبد هنا حكم السبب وهو فك الحجر في حق اليد فلم يعتبر بدعواه كانه لا يدعي
على المولي شيا **فان قلت** ان العبد اذا برهن على ما ادعي فقبل بينته فلو لم يدعواه لم يقبل

وانما يدري يمين المشتري اذا اختلفا في قدر المبيع لما ذكرنا

اذ البينة انما تقبل على الدعوى اجيب بان العبد مدعي صورة وان لم يكن مدعيا معنى وفي
البينات تعتبر الصورة وفي اليمين تعتبر الصورة المعنى والدعوى من العبد متحققة صورة
فيقبل البينة عليها وليست بمتحققة معنى فلا يحلف المولى عليها نعم لقايل ان يقول العبد
ان كان لا يدعي على المولى العرض الحالي لبطلانه له ولكنه يدعي العرض المالي الذي ينقلب
اليه العرض فانه ليس بحاصل له فيجب ان يعتبر بدعواه العتق على المولى بقدر بدعيه قوله
لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في ايديهما يقضي بينهما
لاستوايهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضي به للحر انه لا يد له كذا في الكافي وسيأتي فيه
في كتاب المضاربة ما يدل على ان للمحجور ايضا يدا معتبرة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة
خصوصا اذا كان ماذونا الا يرى انه ليس للمولى ان يسترد ما اودعه العبد من يد المودع
ولئن كان محجورا عليه هذا كلامه فصل فيمن لا يكون خصما قوله واذا قال المدعى
عليه الخ في جواب مراده ادعى عليه ملكا مطلقا قيدنا بالملك احترازا عن دعوى الفعل فانه لا يندفع
باحالة اليد على غيره وبالمطلق احترازا عن دعوى الملك بسبب نحو ان يدعي عينا في يد
رجل انه اشتراه من فلان الغايب وهو يملكه وذو اليد ادعى ان فلانا اخر غيره اودعنيه
اياه واقام البينة لا يندفع عنه الخصومة نص عليه في الذخيرة وذلك انه لما ادعى عليه الملك
بسبب الشراء من فلان صار ذو اليد خصما من جهته فلان الغايب الذي يدعي شراء العين
منه بانابة الشرع اياه عن الغايب لانه يدعيه على الغايب سبب لما يدعيه على الحاضر وفي مثله
يجعل الحاضر خصما عن الغايب كان وكيلا من قبله بجوابه على ما مر تحقيقه في كتاب القضاء
ولما صار خصما عن الغايب بانابة الشرع دفعا للضرر عن المدعي وصار كالوكيل منه وكالته لم
يندفع عنه الدعوى باحالة اليد الى غيره لانه لم يصر خصما بمجرد يده حتى يندفع الخصومة عنه باحالة
اليد الى غيره بل صار خصما بانابة الشرع عن الغايب ولو كان وكيل الغايب حقيقة لم يندفع
عنه الخصومة باحالة اليد الى غيره فكذا هذا والله اعلم وبالجملة ان ذا اليد انما يخرج عن
كونه خصما باحالة اليد الى الغير اذا صار خصما باليد اما اذا كان خصما بغير اليد لا يندفع عنه الخصومة
باحالة اليد الى غيره وعن هذا قلنا اذا ادعى على ذي اليد ملكا مطلقا فقال ذو اليد ان
هذا العين كانت من تركة ابينا ثم اقتسمنا التركة ووقعت هذا العين التي تدعيه في نصيب فلان
الوارث فاودعنيه لم يندفع عنه الخصومة لانه لما اقر بانه وارث من كانت العين له فقد اقر
بانه خصم عن مورثه بالنيابة الجبرية الثابتة شرعا فلا يندفع خصما باحالة اليد الى غيره لانه لم
يصر خصما باليد بل بكونه وارثا لمن كانت العين في يده حتى لو لم يكن هذا العين في يده كان

خصما من جهة مورثه وبانابة الوراثة فلا يندفع عنه الخصومة باحالة اليد الى غيره والله اعلم
هذا ولكن قد يطالب بالفرق بين ما اذا اقام البينة على الوديعة من الغايب الذي يدعي
الخارج الشراء من غيره وبين ما اذا اقر ذو اليد بانها وديعة في يده من قبل الغايب الذي يدعي
الخارج الشراء منه حيث لا يجعل الحاضر في هذه المسئلة خصما عن الغايب بل يندفع عنه الخصومة
لتصادقهما على ان العين وصلت اليه من قبل المالك وان يده ليست بيد خصومة والفرق ان الحاضر
انما ينتصب خصما عن الغايب اذا كان الحاضر منكرا لما يدعي على الغايب اذ لا خصومة بلا انكار وانه
منكر لانه لما اقر انه لفلان وادعى الوديعة عنه فقد انكر ان يكون الغايب الذي ادعى الخارج
الملك بسبب الشراء منه بايعا العين اياه في ملكه والمدعي لا يتمكن من اثبات ملكه بسبب الشراء
من الغايب على ذي اليد الا بعد اثباته على الغايب فانتصب الحاضر خصما عن الغايب ولا يندفع
عنه الخصومة باحالة اليد الى الغير لما مر واما في الثانية فالحاضر فيه لا ينكر ما يدعيه الخارج على
الغايب لانه لا ينكر ملكه حتى يلزم منه انكاره من الخارج في ملكه واذا لم يكن منكرا لا يكون خصما
بالضرورة وبعبارة اخرى ان الحاضر انما يجعل خصما عن الغايب اذا كان ما يدعي على الغايب
سببا لما يدعيه عليه وفي الثانية ادعى الخارج على ذي اليد الا تسليم ما اشترى من الغايب الملك
بالشراء منه لانه لا ينكره ملكه انما ينكر وجوب التسليم وما يدعيه على الغايب من الشراء منه لا يوجب
وجوب التسليم على مودعه فلا يكون ما يدعيه عليه سببا لما يدعيه على الحاضر فلا ينتصب خصما الا اذا
ادعى ان الغايب وكله بقبضه فحينئذ يكون خصما في وجوب التسليم اليه فيصح دعواه ويقبل ببينته
واما في المسئلة الاولى فان هناك ما يدعي على الغايب سبب لما يدعيه على الحاضر لانه يدعي على الحاضر
الملك بسبب الشراء منه من الغايب وانه ينكره فكان ما يدعي على الغايب سببا لثبوت ملكه على
الحاضر بسبب الشراء منه فينتصب خصما عنه ولا يخرج عن كونه خصما باحالة اليد الى غيره فافترقا
ثم يشكل الفرق بين المسئلة الاولى وبين ما اذا ادعى عينا بسبب الوصية من فلان وقال ذو اليد
هو وديعة من رجل اخر غير الموصي او قال غصبته منه وبرهن عليه اندفعت الخصومة وعلى
قياس المسئلة الاولى ينبغي ان لا يندفع الخصومة الا ان يمنع المسئلة فقد ذكر الفقيه ابو بكر البلخي
انه لا يندفع الخصومة في مسئلة الوصية كما لا يندفع في مسئلة الشراء ومن قال يندفع الخصومة في مسئلة
الوصية فالظاهر انه يقول باندفاع الخصومة في مسئلة الشراء ايضا فالظاهر ان في كل من المسئلتين
روايتين عن علمائنا والله اعلم قوله فلا خصومة بينه وبين المدعي قال وذكر محمد ما يدل على ان
المودع خصم للمدعي وصورته مات وترك ابنين ودارا فغاب احدهما فادعى رجل الدار فقال الحاضر
الدار لابينا مات وتركها ميراثا لي ولاخي فلان وفلان فقسمنا اثلاثا وقبض كل نصيبه ثم انهما

غابا وادعا في نصيبها فقال المدعي الدار كانت في يد ابيكم الي ان مات فقسمتم بينكم ثم ان اخويك
اودعاك نصيبها وكلف الداري وبرهن قضي بحاله وان شئت بنصاد فيها الت تلف الدار رد بعينه
في يد الحاضر وليس لاحد كما قالوا لان كون المودع ليس بخصم من حيث انه مودع لا ينفي كونه خصما بوجه
اخر والحاضر خصم في كل الدار لان الدعوي في الحقيقة علي الميت والبينة قامت عليه واحد الورثة
ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة قوله لانه اثبت بالبينة انه يده ليست بيد خصومة فان قلت
اذا اقام المدعا عليه بينة ان هذا الثوب وديعة عنده من جهة فلان الغايب واقام المدعي بينة
انه ثوب سرقه منه فلان الغايب لا يندفع الخصومة ويقضي بالعين للمدعي مع ان المدعا عليه
اثبت بينة ان يده ليست بيد خصومة اجيب بان القياس ان يندفع الخصومة كما لو قال هذا ثوب غصبه
فلان وبرهن ذو اليد انه وديعة من جهة فلان الغايب الا انا استحسنا لانا لو دفعنا الخصومة
يصير سببا لوجوب الحد علي الغايب لان المدعي يتبعه ويثبت السرقة عليه ويقضي عليه بالقطع
لانه ظهر سرقته قبل ان وصل العين الي المالك واما اذا قضينا بالعين للمدعي لا يجب القطع
علي الغايب بعد ذلك وان ظهرت سرقته لانه انما يظهر بعد وصول العين الي المالك
ويحتال لدرء الحد ما امكن فلم يندفع الخصومة عن ذي اليد احتيالا للدرء بخلاف الغصب
لانه لو ظهر الغصب علي الغايب لا يلزم محذور كذا في الذخيرة فان قلت فانقول اذا كانت
العين المدعا مما لا يقطع سارقه بان كانت قيمتها اقل من عشرة دراهم قلت جاز ان يقضي
عليه بالقطع علي قول من لا يشترط للقطع ان يبلغ قيمة العين عشرة دراهم قوله لا يندفع
الخصومة وان اقام ذو اليد البينة علي الوديعة علي انه مودع فلان اما اذا اقام البينة علي
اقرار المدعي انه مودع فلان يقبل بينته ويندفع عنه الخصومة والفرق انه اذا برهن علي انه مودع
فلان فقد احال الخصومة علي غيره اما اذا برهن علي اقرار المدعي بذلك فقد برهن علي ان
المدعي ابراه عن الخصومة ومن انتصب خصما بدعوي الفعل لا يقبل بينته علي احالة
الخصومة علي غيره ويقبل علي ابراء المدعي اياه عن الخصومة قوله وهو استحسان ووجهه انه لما
لم يسم السارق احتمل ان السارق غير ذو اليد الا انه اراد الستر ويحتمل انه غيره الا انا اذا جعلنا
ذا اليد سارقا يقضي بالعين للمدعي ويسلم اليه ثم اذا ظهر السارق بيقين لا يقطع لانه ظهر السرقة بعد
وصول المسروق الي المالك ولو لم يجعله سارقا لا يقضي للمدعي ثم ظهر السارق بيقين يقطع
لظهور السرقة قبل وصول العين الي المالك فكان في جعله سارقا احتيال لدرء الحد فانه
فكان اولي بخلاف غصب منك اذ لا يتعلق به عقوبة ولان في تعيين ذي اليد سارقا ايصال
الحق الي مستحقه لان من عادة السارق التواري خوفا عن القطع فلو لم يتعين صاحب اليد سارقا

واندفع الخصومة عنه والمدعي لا يجد السارق فلا يصل الي حقه بخلاف الغصب اذ ليس
من عادة الغاصب التواري فيجد المدعي ويخاصم معه فلا يؤدي الي ابطال حق المدعي
لو لم يجعل صاحب اليد غاصبا فافترقا هنا ولكن يشكل بما ذكرنا من الذخيرة انه لو برهن
علي الوديعة من الغايب وبرهن المدعي انه ثوب سرق منه فلان الغايب لا يندفع الخصومة
فاذا كان اضافة فعل السرقة الي غير المدعا عليه كاضافته الي نفسه في عدم اندفاع الدعوي
لم يكن حاجة الي الاحتيال في اضافة الفعل اليه فالاولي في وجه الاستحسان ما ذكره المتن
قوله والظاهر انه من الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد قلت وهذا مع كونه غير مطرد
فيما لا يقطع السارق بسرقته مشكل لامكان ستر الجريمة الموجبة للحد ودرئه مع اضافة الفعل الي
ذي اليد بان يقول اخذت مني فالعدول عنه الي تجهيل الفاعل دليل علي ان الاخذ
غيره فيكون الدعوي في الملك المطلق فيجب ان يندفع لو برهن علي الوديعة من الغايب
وايضا لو كان قوله سرق مبنيا للمجهول دعوي الفعل كقوله سرقته لزم ان يجب الحد عليه كما
لو قال سرقت فيعود العدول الي المجهول علي موضوعه بالنقض لان المقصود منه ستر
الجريمة ودرء الحد وذا في عدم تعيين المدعا عليه فاعلا الا انه يقال بان تعينه فاعلا ثبت بالظاهر
فلا يكفي للحد الذي يدرء بالشبهة وان كان يكفي لتوجه الدعوي

باب ما يدعيه الرجلان

قوله واذا ادعي اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها
بينهما قلت هذا اذا كان المدعيان مسلمين او ذميين او احدهما مسلما والاخر ذميا واقاما البينة
من المسلمين اما لو كان احدهما ذميا والاخر مسلما والعين في يد ذمي واقاما البينة من اهل
الذمة فانه يقضي بها للمسلم لان بينته حجة علي ذي اليد وعلي من ينازعه وهو الذمي الخارج
وبينة الذمي ان كان حجة علي ذي اليد لكونه ذميا فليست بحجة علي المسلم الخارج وكما يصير ذو اليد
مقضيا عليه ببينة كل واحد منهما فكذلك كل واحد يصير مقضيا عليه في النصف حتى لا يسمع بينة
احد المدعيين علي النصف الذي قضي به لصاحبه كما لا يسمع بينة ذي اليد فاذا لم يكن هذه
البينة حجة علي المسلم صار وجودها وعدمها بمنزلة قوله ظهر الخطاء في الاول بيقين اي بدليل
راجح علي الاول مبطل للعمل به والا فالخطاء لا يظهر بيقين لاحتمال كذب الفرقة الثانية
قوله لانه صار مقضيا عليه في النصف فان قلت كيف يجعل مقضيا عليه في النصف الذي
قضي به لصاحبه ولم يكن له في ذلك النصف ملك قبل القضاء به قلنا انه لم يكن فيه ملك فله حق الملك
لانه اقام البينة ان الكل له وانما يوجب حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها فقبل الاتصال
بها يوجب حق الملك وحقه معتبر بحقيقته ولو ثبت الحقيقة لصار مقضيا عليه كذا هنا وهذا معنى قوله

الظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه يتعلق بقوله صار مقضيا عليه والدليل على ان
البينة يوجب حق الملك قبل اتصال القضاء بها ما ذكر في الذخيرة ادعى دارا فبرهن فقبل
القضاء بها قامت عند القاضي فمكثا زمانا ثم نقدها اليه وادعى ذو اليد انه باع الدار من فلان
وسلمها اليه او وهبها منه وسلمها اليه ثم اودعنيها وغاب لا يندفع الخصومة وان اقر المدعي
بذلك او علم القاضي به او برهن على اقرار المدعي بخلاف ما اذا قام شاهدا واحدا والمسألة بحالها
فانه يندفع الخصومة اذا اقر المدعي بما قال ذو اليد او برهن على اقراره او علم القاضي به والفرق
ان باقامة شاهدين لما ثبت للمدعي حقيقة الملك في المدعا فقد ثبت حقه لوجود سبب الملك
وحقه يمنع صحة بيع المدعا عليه وهبته لئلا يبطل حق المدعي والمدعي اذ هبته غير صحيحة فلا يصلح
دفعا للخصومة واما عند اقامة شاهد واحد فلا يثبت له حق الملك لانه لم يتم السبب فكان تصرف
المدعا عليه في خالص ملكه فصح وانما اقر المدعي بهبة صحيحة وعلم القاضي هبة صحيحة فيندفع
الخصومة **قوله** نص لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله
او بعده فلا يقضي بالشك وقد يقال هذا التعليل بعينه يتاتى فيما اذا كانت الدار في يد ثالث
ووقت احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخر مع انه لا يقضي لصاحب الوقت عند ابي
حنيفة رح على ان المصنف رحمه الله ذكر هناك في تعليل ابي حنيفة ما يخالف هذا التعليل حيث
قال ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتبار التقدم اللهم الا ان
يجعل التعليل المذكور بناء على قول ابي يوسف فانه لا يقول بالفرق بين دعوى الشرى ودعوى
الملك المطلق على ما يجي بيانه واما تخريج ابي حنيفة رح في مسئلة الشراء فاستبانك من قوله بخلاف
الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيكون شراء غير المؤقت باعتبار اضافته
الى اقرب الاوقات متاخرا عن شراء المؤقت والاعتبار للسبق وفي الذخيرة انما جعلنا المؤرخ اولى
تقليلا للنقض ما امر ثابت فانا متى قضينا للمورخ نقضنا شراء للاخر لا غير لانه لم يثبت ببينة الا الشرى
ومتى قضينا لغيره نقضنا على المورخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبتا بالبينة وتقليل النقض اولى
بخلاف ما اذا ادعى الخارج مع ذي اليد الشراء من واحد وارخ احدهما فذو اليد اولى لان
تقليل النقض هنا في جعل صاحب اليد اولى لانا متى قضينا للمورخ نقضنا شراء ذي اليد مع
يده الثابت معاينة ومتى قضينا لذي اليد نقضنا شراء الاخر وتاريخه الثابت بالبينة والثابت
معاينة فوق الثابت بالبينة فكان نقض الثابت معاينة اكثر **قوله** وان ادعى احدهما شراء والاخر
هبة وقبضا الى اخره **قلت** هنا بحث لما ذكر في الكافي في فصل الفضولي حيث قال عقدان موقوفان
اجيزا معا وتوافقا ثبتا كالبيعين وان تنافيا ثبت اقواهما كالبيع والنكاح والا بطلا كالنكاحين لجمع
بيعان في عبد من وكيلين او فضوليين واجيزا معا تنصف والبيع احق من النكاح والاجارة
والرهن حتى لو باع فضولي امة وزوجها فضولي آخر من اخر او آجرها او رهنها فاجازهما المولى
معا جاز البيع وبطل غيره لان البيع اقوى لانه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره والعتق والكتابة
والتدبير احق من غيرها والهبة والاجارة احق من الرهن لان الهبة يفيد ملك الرقبة والرهن
لا والاجارة يفيد ملك المنفعة والرهن لا والهبة احق من الاجارة والبيع احق من الهبة في الدار
لان الهبة يبطل بالشيوع ويبقى البيع بلا مزاحم واستويا في العبد لان الهبة مع القبض تساوي البيع
في افادة ملك الرقبة وكل واحد قابل للتنصف لان هبة المشاع فيما لا ينقسم صحيحة هذا كلامه فقد
سوى بين الهبة والبيع فيما لا يحتمل القسمة ورجح هنا مطلقا ورجح الهبة على الرهن وهنا رجح
الرهن عليها فلا بد من بيان الفرق والجواب ان الاصل في التعارض ترجيح القوي لكن التعارض
هنا بين البينتين وثم بين التصرفين الذين اجيزا معا فيرجح هنا اقوى البينتين وثمه اقوى التصرفين
وبينة الرهن لكونها اكثر اثباتا حيث يثبت البدلين اقوى من بينة الهبة حيث لا تثبت الا واحدا
فكانت بينته اولى من بينتها وموجب الهبة اقوى من موجب الرهن لانها تثبت ملك الرقبة
دون الرهن فاذا تعارضا اعتبرت الهبة لقوتها وكذلك بينة الشراء اكثر اثباتا من بينة الهبة
والقبض فكانت اولى بخلاف الشراء مع الهبة في مسئلة الفضولي لان التعارض بين التصرفين
وموجبهما سواء لان كلا منهما يوجب ملك الرقبة فيستويان فيما لا يحتمل القسمة فالهبة يبطل بالشيوع ويبقى
البيع بلا مزاحم وكذا لا يبقى في مسئلة الفضوليين لحكم الهبة على حكم البيع من حيث ان حكمه لا يتوقف
على القبض وحكمها يتوقف عليه لان حكمها انما يثبت بالاجازة واجازتهما ثبتت معا وفي مسئلة الدعوى
يتعاقب حكمها بالضرورة حيث يثبت عند ثبوتها وعند الثبوت بينهما تعاقب في اثبات الحكم **قوله**
والهبة والقبض والصدقة سواء وكان ينبغي ان يكون الصدقة اولى لانها توجب ملكا لازما والهبة
توجب ملكا غير لازم ونقض ما ليس بلازم لما فيه من تقليل النقض اولى والجواب ان الهبة من
ذي رحم محرم لازمة ومن الاجنبي ان لم يكن لازما ففيها عوض مشروط عرفا ولهذا يثبت للواهب
حق الرجوع ما لم يعوض منها ففي نقض الصدقة ان كان نقض اللزوم ففي نقض الهبة نقض
العوض كذا في الذخيرة **وفيه بحث** لان العوض لو كان مشروطا عرفا لجرت الشفعة فيها كما تجري
عند شرط العوض نصا او لترجحت الهبة على الصدقة كما يترجح عليه عند شرط العوض اذ المعروف
كالمنصوص وليس كذلك **قوله** ولا ترجيح باللزوم اي لا يرجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم
لان اثر اللزوم في ابطال الرجوع وذلك حكم يظهر في ثاني الحال والترجيح انما يقع لمعنى قائم في الحال
لا بمعنى يرجع الى المآل كذا في الكافي **وفيه نظر** لان بينة الرهن والقبض يترجح على بينة الهبة

لحمل القسمة ونرجح البيع فيما

والقبض

والقبض بجهة لان المقبوض بحكم الرهن مضمون فتوجب الملك من الجانبين وبحكم الهبة
غير مضمون مع ان اثر الضمان يظهر في ثاني الحال عند الهلاك لا في الحال وجوابه ان اثر
الضمان يظهر في الحال لانه غير متقرر وانما التقرر عند الهلاك وسيأتيك تحقيقه في الرهن
ان شاء الله تعالى ثم يشكل بان البينة المثبتة للنسب بفراش النكاح راجحة على البينة المثبتة
له بفراش ملك اليمين لان النسب الثابت بفراش النكاح اكد حتى لا ينتفي بمجرد النفي من
غير لعان بخلاف الثابت بملك اليمين حتى لو برهن الغلام انه ابن هذا العبد من هذه الامة
وبرهن المولى انه ابنه من هذه الامة فهو ابن العبد وكذا لو برهن العبد انه ابنه من هذه الامة
وبرهن المولى انه ابنه من هذه الامة فهو ابنه لان بينة العبد يثبت النسب بفراش النكاح
وبينة المولى يثبت النسب بملك اليمين والثابت بالنكاح اكد فكانت بينة العبد اكثر اثباتا ولا
يخفى ان تأكد النسب الثابت بالنكاح لا يظهر في الحال بل عند النفي كما لا يظهر تأكد الصدقة
في الحال بل عند الرجوع قوله لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما يثبت الملك بنفسه وفيه
نظر لان الشراء يوجب الملك في الرقبة من الجانبين والنكاح لئن كان يوجب ملك الرقبة في المهر
فهو يوجب في المرأة ملك المنفعة وملك الرقبة اقوى وكان ما يفيد ملك الرقبة في الجانبين
احق لقبول البينة على ما يفيد ملك المنفعة في احدهما لان البينة المفيدة لملك الرقبة
اكثر اثباتا واجيب بان النكاح يوجب الملك في المهر مؤكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف
الملك في المشترى فكان اقوى من هذا الوجه والشراء اقوى من الوجه الذي ذكر فاستويا
رد بحث لان الملك في المهر لئن كان لا يبطل بهلاكه قبل التسليم فقد يبطل بردة المنكوحة
وتمكينها ابن الزوج وبالطلاق قبل الدخول ايضا يبطل الملك في نصف المهر قبل التسليم
وبعده ولا يتأكد ذلك الا بالدخول او بالموت فصار كالمبيع من حيث ان الملك فيه لا يتأكد الا بالقبض
فلا ترجح بهذا الاعتبار والشراء راجح من حيث انه يفيد ملك الرقبة من الجانبين فينبغي
لن يكون صواحب بك الجواب ان النكاح ولئن كان يفيد ملك المنفعة في احد الجانبين
فهو يفيد ملكا متأكدا حتى لا يقبل الفسخ والبيع لا يفيد ملكا متأكدا وان كان يفيد ملك الرقبة
فاستويا لكن هذا يوجب ان يستوي النكاح مع البيع فيما اذا باع فضولي امة وزوجها فضولي
اخر من اخر واجازهما المولى وقد ذكرنا من الكافي ان الراجح هنا هو البيع لانه يفيد ملك
الرقبة دون النكاح قوله الا عند الهلاك معنى لا صورة يشير الى ان المرتهن يملك بعد
الهلاك مالية المرهون وان كان لا يملك صورته وسيجيء لك الاشارة في الكتاب وبعض
الشروح الى ان المرهون لا يصير مملوكا للمرتهن لا صورة لانها امانة في يده حتى يكون الغنم

العبد

على الراهن ولا مالية لانها صفة والاوصاف لا تملك قصدا فكانه اراد انه يملكه معنى من
حيث الاعتبار فانه لما صار مستوفيا لحقه بمالية المرهون بلا صار كانه ملكه قوله وان اقام كل
واحد منهما البينة على الشراء من آخر اي من رجل آخر وذكرا تاريخا لكن تاريخ واحد اكثر في
الفرع قلت لو كان المراد هو التاريخ الواحد لم يكن في قوله وذكرا تاريخا فائدة اذ ذكر التاريخ
المتوبين كعدمه وكذا لم يكن للتعليل بقوله لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا معنى
اذ لا حاجة الى هذا التكلف عند استواء التاريخين بل يكفيه حينئذ ان يقول لانهما استويا في
سبب الاستحقاق وانما يحتاج اليه عند اختلاف التاريخين من حيث انه يوجب ان يقضى لاسبقهما
الا ان المشتريين يثبتان الملك لبايعهما ولا تاريخ في البايعين فكانهما حضرا وادعيا الملك المطلق
من غير تاريخ وهناك يقضي بينهما فكذا هنا فالظاهر انه اراد بقوله وذكرا تاريخا ان كلا منهما ذكر
تاريخا غير تاريخ صاحبه كما هو المذكور في بعض الحواشي وهو محمول على القول الاول لابي حنيفة
وابي يوسف رح والقول الآخر لمحمد رح ففي الذخيرة انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين والدار في
يد ثالث فان لم يورخا او ارخا على السواء قضي بينهما ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو على
الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث وذكر الاختلاف في الميراث بقوله ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق
بان اقام احدهما بينة ان اباه مات منذ سنة وتركها ميراثا له واقام الآخر بينة ان اباه مات منذ سنتين
وتركها ميراثا له فعلى قول ابي حنيفة آخرا على ما ذكر في المنتقى وهو قول ابي يوسف رح آخرا على
ما ذكر في الاصل وهو قول محمد رح اولا على ما روى ابن سماعة عنه يقضى لاسبقهما وعلى قول محمد رح آخرا
وهو قول ابي يوسف رح اولا يقضى بينهما لان كلا منهما يثبت الملك لمورثه اولا ثم يثبت الانتقال
الى نفسه فكان المورثين حضرا وادعيا الملك لانفسهما بلا تاريخ وهناك يقضى بينهما هذا لفظه
فان قلت ذكر في الذخيرة تشبيها لمسئلة الميراث بمسئلة الشراء بقوله كما اذا ادعيا الشراء من اثنين
واقاما البينة وارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي لاسبقهما تاريخا بلا خلاف قلت كان قوله بلا خلاف
محمول على احدى الروايتين من كل منهم فان في المسئلة روايتين من كل على ما ذكرنا في تفصيل
مسئلة الميراث والا لم يستقم قوله في مسئلة الشراء انه على الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث وانما خص
مسئلة الشراء بقوله بلا خلاف بناء على احدى الروايات منهم مع ان مسئلة الميراث ايضا بلا خلاف
على احدى الروايات منهم لان الراجح في الشراء من محمد رح هو القضاء للاسبق لانه ظاهر الرواية
منه بخلاف مسئلة الميراث لان الراجح عنده هو القضاء بينهما لانه القول المرجوع اليه وعن هذا
احتاج الى الفرق على قول محمد بين مسئلة الشراء والميراث على ما سنذكر والا ففي كل منهما روايتان
من كل منهم فلا حاجة الى الفرق لانه لما كان الراجح عنده في الشراء القضاء للاسبق وفي الميراث

ملكه صح

وابي حنيفة

القضاء لما نصف احتاج الى الفرق ولفظ الكتاب ايضا يدل على ان المراد بقوله وذكرا تاريخا
سوى ما قلنا حيث قال فيما اذا ادعيا الشراء من واحد اثبت ارخا واحدهما اسبق تاريخا يقضي لاسبقهما
تاريخا اتفاقا بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعيهما ولا تاريخ
لملك البائعين فتاريخهما لملكهما لا يعتد به وصار كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون
بينهما اما هنا فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانما اختلفا في التلقي منه فاذا اثبت
احدهما ملكه في وقت لا يزاحمه غيره لا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي منه ولا يتلقى منه ثم قال
التاريخ لما لم يذكرا كانا متساويين فالسابق اولى فان قلت ما الفرق لمحمد رحمه الله بين مسألة الشراء ومسألة
الميراث فان الخارجين اذا ادعيا ارثا من ابويهما وارخا وتاريخ احدهما اقدم يقضي بينهما على
قول محمد رحمه الله فلم يعتبر سبق التاريخ واعتبره في الشراء قلت الفرق بينهما من حيث ان ملك المشتري
حادث له بسبب وهو الشراء فكل من المشتريين اثبت لنفسه ملكا حادثا لا تعلق له بملك البائع
فمن اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه احد كان هو اولى فاما ملك الوارث فهو
ليس بملك جديد بل هو عين ما كان ثابتا للمورث لان الوراثة خلافة ولا تاريخ في ملك
المورثين فاستويا من هذا الوجه فافترقا كذا في الشرح وهكذا في الذخيرة ويرد عليه ان محمدا
رحمه الله قد اعتبر ملك الوارث متجددا حيث قال اذا ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى
يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا وعلل بان ملك الوارث متجدد حيث يجب عليه الاستبراء
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل صح فهذا
التعليل المصنف رحمه الله فيما سبق فهذا تصريح من قبل محمد رحمه الله بان ملك الوارث ملك جديد لا عين
ما كان ثابتا للمورث فلم يتم هذا الفرق على اصله ويمكن ان يقال ان ملك الوارث عين ملك
المورث من وجه حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير الوارث مغرورا بشراء المورث وملك متجدد
من وجه حتى يجب عليه الاستبراء ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فمن
حيث انه متجدد ينبغي ان يعتبر سبق التاريخ كما في الشراء ومن حيث انه عين ملك المورث ينبغي
ان لا يعتبر فلا يعتبر بالشك وهكذا يقول في مسألة الوراثة فان كونه متجددا يوجب ان لا
يختص الوارث الا بالشهادة على النقل وكونه عين ملك المورث يوجب ان يختص بلا نقل
فلا يختص بدون النقل بالشك فوضح الفرق قوله على تقدم الملك لبائع من بايعه لجواز ان
يكون الاخر لبائع الاخر اقدم ملكا او لجواز ان يكون ملك بائع المدعي الاخر اقدم والحاصل
ان الاستحقاق هنا ليس الا لمن كان ملك بائعه اقدم لا لمن كان شراؤه اقدم وتوقيت احدهما
شراءه من بايعه ان كان يدل على تقدم شرائه على شراء غير الموقت من حيث انه مضاف الى

اقرب الاوقات لحدوثه فلا يدل على تقدم ملك بايعه واما فيما اذا كان دعوى كل منهما الشراء
من واحد فالاستحقاق لمن ثبت تقدم شرائه وتوقيته يثبت تقدمه لوجوب اضافة شراء غير
الموقت الى اقرب الزمان فوجب القضاء للموقت قوله وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا يقبل ذكر الروايتين عن محمد رحمه الله ولم يذكر الروايتين عن
ابي يوسف رحمه الله وذكر في الذخيرة عن ابي يوسف رحمه الله ايضا روايتين في اعتبار التاريخ في دعوى
الملك المطلق قوله لان البينتين قامتا على مطلق الملك ومطلق الملك في معنى النتاج من
حيث اولية حتى يستحق المدعي بالزوائد ولا عبرة بالتاريخ في النتاج فكذا في الملك المطلق اي
معناه لان السبق واما على مطلق الملك وبينة ذي اليد على الملك المطلق غير مقبولة
فلا يعتبر بها ترجيح قوله وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان قلت بينة انما تكون دافعة
اذا كان للتاريخ عبرة ولا عبرة له في مطلق الملك كما ذكر محمد رحمه الله اجيب بان دعوى مطلق الملك
وان كانت اولية الملك الا هي في معنى النتاج الذي لا عبرة بالتاريخ فيه فهي ليست بنص
في دعوى الاولية بل يحتمل ان يكون دعوى التملك من جهة المدعى عليه فاعتبرناه بدعوى التملك
في اعتبار التاريخ وبدعوى النتاج في استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض الى
هذا اشير في الذخيرة او نقول مطلق الملك انما يعتبر في معنى النتاج لتعذر تعيين بعض الاوقات
تفاديا عن الترجيح بلا مرجح وهذا انما يتصور عند الاطلاق عن ذكر الوقت اما اذا تعرضا للوقت
المعين فلا حاجة بنا الى جعله بمعنى النتاج حتى يجب اهدار الوقت بل يجب اعتباره ويجب
الحكم للسابق تاريخا قوله وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما يجب ان محمدا رحمه الله قال
البينة بينة الخارج وكل واحد في النصف خارج فيقضي بينهما وعندهما الكل لذي اليد اما
الذي ليس في يده فظاهر واما الذي في يده فلان بينته تضمنت معنى الدفع كذا في الشامل
والصواب في العبارة ان يقول الكل للاقدم منهما تاريخا يعرف بالتامل قوله لانه اقدم ويقال
بل غير المؤرخ اقدم لان الدعوى في الملك المطلق وانه دعوى اولية الملك حتى يستحق الزوائد
المتصلة والمنفصلة فغير المؤرخ كانه يدعي الملك من وقت وجوده والمؤرخ يدعيه في وقت متأخر
من اول اوقات وجوده فكان غير المؤرخ اقدم بخلاف دعوى الشراء اذا ارخ احدهما لان
الشراء حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ومن ضرورة اضافته ثم غير المؤرخ الى اقرب الاوقات
تقدم شراء صاحب الوقت اما الملك المطلق فليس بمضاف الى اقرب الازمان بل الى اول
زمان وجوده فاذا ثبت احدهما عن الاخرى فكانه اراد انه في حكم الاقدم من حيث انه اثبت ملكه في
وقت وملك الاخر يحتمل ان يكون اسبق منه فيزاحمه وان يكون متأخرا منه فلا يزاحمه فلا يثبت

الملك

دعوى

المزاحمة بالشك ودعوى الملك المطلق ليس بدعوى اولية الملك فصار بل يجعل كدعوى الاولية
لعدم رجحان بعض الاوقات فلا يثبت بعد المزاحمة يقينا قوله فصار كما في دعوى الشرى اذا ارخ
احدهما دونه اذا لم يكن واحد منهما صاحب اليد ويتلقى كل منهما الشرى من واحد اما اذا كان احدهما
صاحب اليد فصاحب اليد اولى من صاحب الوقت واذا كان كل منهما صاحب اليد واحدهما
مورخ فهما سواء وكذا اذا ادعيا الشرا من اثنين فهما سواء ارخا او لم يورخا او ارخ احدهما ولم يورخ
الآخر قوله ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد كما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك
في التلقي من جهته ولا يقال هذا التعليل لا يكاد يتمشى على قول محمد رحمه الله لانه لا يقبل بينة ذي
اليد المؤقتة على وجه الدفع لانا نقول انه وان كان لا يقبل بينة ذي اليد المؤقتة
على وجه الدفع ولكنه يعترف بقبول بينة ذي اليد على الدفع في الجملة كما مر في المخمسة فيصح هذا
القول منه بغير ان علم تضمن معنى الدفع ههنا عنده لدليل سبق في المسألة السابقة وعند ابي حنيفة
رحمه الله لما ذكر انه وقع الشك في التلقي من جهته وقوله انما يقبل لتضمنها معنى الدفع لا يدل على ان
بينة ذي اليد المؤقتة دافعة عند محمد رحمه الله او نقول انه محمول على القول المرجوع عنه او هو على
زعم ابي يوسف رحمه الله فانه يقول بالدفع في المسألة السابقة قوله وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى كذا
ذكر في النوادر قالوا هذا مستقيم على قول ابي يوسف الاخر لان على قوله الاخر للتاريخ عبرة في
دعوى الملك المطلق وانه مشكل على قوله الاخر وينبغي ان يكون غير المورخ اولى لانه اسبقهما تاريخا
لانه يدعي اولية الملك ويؤيده ان في فصل الخارج مع ذي اليد اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر
كان غير المورخ اولى على قوله الاخر كذا في الذخيرة قلت ذكر المصنف رحمه الله في فصل الخارج مع
ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا وارخ احدهما ان المورخ اولى على قول ابي يوسف رحمه الله واشار في التعليل
الذي ذكر من قبل ابي يوسف بقوله ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين الى ان فائدة
اعتبار التاريخ عنده في الملك المطلق هو ترجيح المورخ والحكم بملكه في ذلك الوقت بيقين فلا يشكل على
قوله الاخر شيء قوله وقال محمد الذي اطلق اولى لانه دعوى اولية الملك فكان المطلق اسبق
تاريخا فانه قلت فيجب ان يكون المطلق اولى في دعوى الخارج مع ذي اليد ايضا اذا ارخ
احدهما ولم يورخ الاخر وقد ذكر ان الاولى بينة الخارج وانما قلت بعد انهما اذا وقتا في الملك المطلق
وتاريخ احدهما اسبق فهما سواء عنده في عدم اعتبار التاريخ قلت في اعتبار التاريخ عند الاجتماع والانفراد
روايتان عن محمد رحمه الله في قوله الاول للتاريخ عبرة وفي قوله الاخر لا عبرة به في الملك المطلق فما ذكر
هنا ان المطلق اولى بناء على قوله الاول ويجب على قوله الاخر ان يكون سواء وما ذكر في الخارج
مع ذي اليد فذلك على قوله الاخر ويجب على قوله الاول ان يكون الاولى هو المطلق ويمكن ان يقال

انما

الاول

انما اعتبر

انما اعتبر محمد رحمه الله المطلق لانه اكثر اثباتا بخلاف الخارج مع ذي اليد لان من هو اكثر اثباتا هناك
هو الخارج سواء كان هو المطلق او المؤقت اما ان كان مطلقا فلانه يثبت اولية الملك كالنتاج
وذو اليد يثبته في بعض الاوقات واما ان كان مؤقتا فلان بينة ذي اليد لا يثبت شيئا لان اولية
الملك ثابت له باليد بخلاف بينة الخارج قوله وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة
على النتاج بان يقول هذه الدابة او هذه الجارية لي ولدت في ملكي فلا يكفي ان يقولا انها نتجت
عنده او ولدت عنده ولم يشهدوا انها له لانه قد تلد امة الانسان او دابته عند غيره وكذا لا يكفي ان
يشهدوا انها ابنة امة المدعي او ابنها اذ ليس من ضرورة كونها ابنة امته او كونه ابن امته ان يكون
ملكا له فان المولى اذا استولد امة نفسه وولدت منه بنتا او ابنا فهذه ابنة امته او ابنها وليس بمملوك
له وكذا الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها على انها حرة فولدت بنتا فهذه ابنة امة
الرجل وليست بمملوكة له وكذا اذا باع بنت امته فهي ابنة امة البائع بعد البيع وليست بمملوكة
له اما اذا شهدوا ان هذا العبد ولدته امة المدعي فان هناك يقضي بالعبد له لانهم شهدوا بملكية
الولد حيث قالوا هذا العبد وبملكية امه للمدعي وقت الولادة والامة المملوكة للانسان لا تلد ولدا
مملوكا لغير المالك فكانهم شهدوا بملكية الولد فالحاصل ان الشهادة بولادة العبد والامة من امة
الانسان شهادة بملك العبد والامة لمولى الامة والشهادة بولادة الابن والابنة ليست بملك الابن
والابنة لمولى الامة كذا ذكر في الذخيرة وانه مشكل فان امة الانسان قد تلد مملوكا لغيره كما اذا
اوصى بحمل جاريته لرجل فمات الموصي ثم ولدت الجارية فولدها للموصى له دون وارث الموصي
فقد ولدت مملوكا لغير مالكها وكذا اذا اوصى بالجارية واستثنى حملها ثم مات الموصي ثم ولدت
او اوصى بالجارية لرجل وبحملها للاخر ثم مات ثم ولدت فلا يكون الشهادة بان هذا العبد ولدته
امة هذا المدعي شهادة بالملك للمدعي في العبد والله اعلم قوله لان البينة قامت على ما لا يدل
عليه اليد وفيه بحث لما ذكرنا انه لا يكتفي بذكر النتاج بل لا بد مع ذكره ان له واليد ان كانت
لا تدل على النتاج فهي يدل على انه له فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد
لانها يثبت الملك والنتاج جميعا وبينة ذي اليد لا يثبت الا النتاج لان نفس الملك ثابت
له بحكم اليد واثبات الثابت محال والتي هي اكثر اثباتا احق بالقبول لان البينات للاثبات
وايضا كما تقوم بينة ذي اليد فيما لا يتكرر من النتاج ونحوه على ما لا تدل عليه اليد تقوم بينته فيما يتكرر
من الاسباب نحو الغرس والزراعة على ما لا يدل عليه اليد ايضا ثم بينته فيما يتكرر لا يترجح على بينة
الخارج باليد فكذا فيما لا يتكرر فالاولى ان يقال العمل ببينة ذي اليد في النتاج على حديث جابر
رضي ان رسول الله صلعم قضى في عين هذه الصورة لصاحب اليد ويمكن ان يجاب عن الثاني

بشهادة

الثابت

البينة

بان دعوى الملك فيما يتكرر من السبب كدعوى الملك بلا سبب من حيث ان في كل منهما دعوى
الملك على وجه يحتمل التملك على ذي اليد فصار ذكر ذلك السبب كعدمه وصار الدعوى بذلك
السبب دعوى الملك المطلق واليد يدل عليه فلا يكون بينة ذي اليد كبينة الخارج حتى يترجح
باليد كما في دعوى الملك بلا سبب ومن لا قول انه قد يكتفي بدعوى النتاج والشهادة عليه على
وجه يتضمن دعوى الملك والشهادة عليه نحو ان يقول هذا العبد ولدته امة هذا المدعي وشهدوا
بذلك على ما ذكرنا وبينة ذي اليد على هذا الوجه يثبت النتاج قصدا والملك ضرورة والاعتبار
للمقاصد وبالنظر الى المقصود بينة ذي اليد كبينة الخارج وعلى السواء فيترجح باليد قوله فصاحب
اليد اولى هذا جواب الاستحسان والجواب القياس فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى رحمه الله
ووجهه لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج كما يثبت استحقاق
اولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وبينة ذي اليد لا يثبت
استحقاق الملك للثابت للخارج بوجه ما وكانت بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك
المطلق كذا في الشرح قوله ويترجح بينة ذي اليد باليد فان قلت بينة ذي اليد على
النتاج يدل على اولية الملك واليد لا دلالة له على ذلك فكيف يترجح بينة ذي اليد باليد لا
يدل على مقتضى بينته ولا يتعرض له لا نفيا ولا اثباتا قلت نعم لان اليد لا يدل على مقتضى
بينة النتاج ولكن لا شك ان اليد دليل الصدق فيترجح به وفي الشرح فان قيل فينكل
على هذا ما اذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج انه غصبه منه ذو اليد او ملكه اجره
او اودعه منه او اعاره منه كانت بينة الخارج اولى قلنا قال شيخ الاسلام الحاصل ان
بينة ذي اليد انما يترجح على بينة الخارج على النتاج لو ادعى الملك المطلق اذا لم يدع الخارج
فعلا على ذي اليد نحو الغصب والوديعة اما لو ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى
واشار محمد الى المعنى فقال لان بينة الخارج في هذه الصورة اكثر اثباتا لانها يثبت الفعل على
ذي اليد وانه ليس بثابت اصلا وذو اليد ادعى اولية الملك واليد وان كانت لا يدل على اولية
الملك يدل على اصل الملك وكان ما ادعاه ذو اليد ثابتا من وجه وما ادعاه الخارج من الغصب
ونحوه غير ثابت اصلا وكانت بينة اكثر اثباتا فكانت اولى بالقبول كذا في الذخيرة ثم لفظ وفيه نظر
اما اولا فلان الخارج وذا اليد لو ادعيا النتاج لا خبر يقضي لذي اليد مع ان اصل الملك
ثابت لذي اليد بيده وليس بثابت للخارج وجوابه لان القياس فيه لان يقضي للخارج الى
الا انا استحسنا بحديث جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه لذي اليد واما
ثانيا فلان البينة المثبتة للزيادة انما يترجح على بينة ذي اليد اذا لم يكن في بينة ذي اليد

سبق التاريخ اما اذا كان فلا صرح بذلك الشارح فبيل هذا في جواب ابن ابي ليلى رحمه الله حيث
قال واما قوله لان بينة الخارج اكثر اثباتا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق
التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل الملك من الغير فكان اولى الا يرى انهما
لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضي لذي اليد وان كان في بينة الخارج
زيادة استحقاق على بينة ذي اليد الى هذا اشار في الذخيرة ثم لفظ وهذا تصريح بان البينة المثبتة
للزيادة لا يترجح على بينة فيها سبق التاريخ فكيف يترجح بينة الخارج لو ادعى فعلا على بينة
ذي اليد على النتاج وفيها سبق التاريخ وجوابه انه ذكر الفقيه ابو الليث في باب دعوى النتاج
من المبسوط دابة في يد رجل اقام آخر بينة انها دابته اجرها من ذي اليد وصاحب اليد
اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضي بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي
الاجارة والنتاج اسبق فمن اعتبر السبق فالملك عنده ممنوعة او مردودة الى اهل اخره اشار اليه
محمد فقال ذو اليد اذا ادعى النتاج انما يكون اولى اذا صح منه دعواه ولم يصح هنا لان الخارج
لما اثبت الارتهان او الاجارة فقد اثبت اقرار ذي اليد ان الملك فيه للخارج ومع اقراره بذلك
لا يصح منه دعوى النتاج والبينة لا يسمع بدون الدعوى فكانه لم يقم البينة وكذلك اذا اثبت
الخارج الغصب لان من الحاضرين شهدوا بالغصب لانهم عاينوا اخذه من الخارج او انهم سمعوا
اقراره بالغصب فباعتبار الاخذ يصح دعوى النتاج من ذي اليد وباعتبار الاقرار لا يصح فلا يصح
بالشك قوله وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء
به لانه بمنزلة ظهور النص بعد ما قضى بخلافه ويبعض القضاء فكذا هنا وفيه بحث وذلك انه لو
كانت امة في يد رجل اقام آخر بينة عليه انه قضى قاضي بلد كذا انها له بشهادة شهود شهدوا انها له
واقام ذو اليد بينة انها امته ولدت في ملكه فالقاضي يمضي ذلك القضاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ولو كانت البينة على النتاج كنص ظهر في ظهور الخطا بيقين لكان على هذا القاضي ان ينقض
قضاء الاول بالملك للمدعي وما ذكر في الذخيرة لان شهادتهم بانه قضى له بشهادة شهود شهدوا عنده
انها له يحتمل بشهادة شهود شهدوا عنده انها له اشتراها من ذي اليد وكذا يحتمل لان ذو اليد اقام هذه
البينة عند ذلك القاضي فلم اجعله على ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد كما ذهب ابن ابي
ليلى رحمه الله فان مذهبه لان الخارج اذا اقام البينة على النتاج او على الملك المطلق واقام ذو اليد البينة
على النتاج فبينة الخارج اولى فيكون قضاء الاول باقيا لا يجوز نقضه في مذهب المتأليين لا ينقض
القضاء الاول فيه نظر اما اولا فلوجود الاحتمال فيما اذا قضى القاضي بالملك المطلق للخارج ثم
برهن ذو اليد النتاج عند ذلك القاضي لان دعوى الملك المطلق يحتمل دعوى التملك على ذي

اليد من حيث انه ليس بنص في دعوى اولية الملك وقد اعتبرت دعوى التملك في حق اعتبار
النتاج على ما ذكر في الذخيرة فيما قبل فيجب ان لا ينقض القضاء الاول بالاحتمال ضعيفا ايضا
واما ثانيا فلان خلاف ابن ابي ليلى لو كان معتبرا لوجب ان لا ينقض القضاء ببينة ذي اليد
على النتاج عند القاضي الذي قضى بالملك المطلق للخارج اولا اذ لا يتيقن بالخطا في القضاء الاول
لو وقع عند ابن ابي ليلى ولا يصح نقض القضاء الا بظهور الخطا يقينا الا يرى انه لو قضى مخالفا لراية
لمذهب بل عاملا في اصح الروايتين عن محمد ابي يوسف لانه ليس بخطا يقينا فالظاهر ان خلاف ابن
ابي ليلى غير معتبر لما ذكره المصنف فيما تقدم ان ما اجمع عليه الجمهور فلا يعتبر مخالفة البعض وذلك
خلاف وليس باختلاف وان المعتبر الاختلاف في الصدر الاول ثم المصنف خص المقضي عليه بالملك
المطلق بالذكر مع ان ذي اليد المقضي عليه بالنتاج اذا اقام بينة على النتاج يقبل وينقض القضاء
بالنتاج للخارج ايضا وانما خص ليثبت الحكم في المقضي عليه بالنتاج بالطريق الاولى وذلك لما ذكر في
الذخيرة ان الخارج بدعوى النتاج يدعي اولية الملك بحيث لا يحتمل التملك على ذي اليد فلا يمكن
ان يجعل ما يحقق الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد استحقاقا على ذي اليد بل يكون
بيانا انه كان له من الاصل فلا يصير ذو اليد مقضيا عليه بالقضاء للخارج بالنتاج اما في دعوى الملك المطلق
فيصير ذو اليد مقضيا عليه بالقضاء للخارج من وجه لان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من ذي اليد
فلما قبل بينة ذي اليد على النتاج بعد القضاء عليه بالملك المطلق للخارج وانه يصير مقضيا عليه بهذا القضاء
فلان يقبل بينته على النتاج بعد القضاء عليه بالنتاج للخارج وانه لا يصير مقضيا عليه اولى الا ان
التعليل الذي ذكر المصنف بقوله لانه بمنزلة النص يقتضي التفرقة بين ما اذا قضى عليه بالملك المطلق
ثم برهن على النتاج او بالنتاج ثم برهن عليه لان بينة النتاج انما يكون كالنص بالنسبة الى الملك
المطلق دون النتاج لان البينة الثانية فيه كالاولى والثانية ان ترجحت باليد فالاولى ترجحت
باتصال القضاء به فاستويا هذا وقد ذكر في الذخيرة في اخر الفصل الخامس والعشرين من كتاب
الدعوى نقلا عن المنتقى رجل في يديه مملوك ادعى رجل انه مملوكه والذي في يديه يجحد الدعا
لنفسه فلف فنكل فيقضي عليه بالنكول فقال ذو اليد وقد كنت اشتريته من قبل الخصومة منه
فاقام بينة قبلت ولا يكون اباؤه اكذابا لشهود الشراء ولو اقاما على انه ولد في ملكي او على انه
اشتريته من فلان غير المدعي وقد ولد في كلام لا تقبل هذه البينة هذا لفظه وهو يخالف ما ذكرنا من
ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام بينة على النتاج يقبل والله اعلم قوله بنقض القضاء فان
قلت كيف ينقض وقد ظهرت قضاه فلا كان في فصل مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يقول بان
بينة الخارج على الملك المطلق او على النتاج اولى من بينة ذي اليد على النتاج كما ذكرنا من

صحيحا

عاملا

ملكه

الذخيرة والقضاء اذا لا في فصلا مجتهدا فيه ابتداء نفذ فاولى ان يبقى نافذا اذا ظهر انه كان في
الفصل المجتهد فيه اجيب بان البعض شرطوا لنفاذ القضاء في المجتهد فيه ان يكون القاضي
اخذا بقول من قضى على مذهبه وهنا ولئن ظهرت القضاء وقع على مذهب ابن ابي ليلى
فالقاضي حتى قضى لم يكن اخذا بمذهبه فينقض القضاء على هذا القول او يكون هذا النقض مبنيا
على ان المعتبر لنفاذ القضاء هو الخلاف في الصدر الاول وعلى انه لا عبرة بخلاف البعض على خلاف
فيكون على بعض الروايات قوله لان القضاء بستة هو لا صل والعدول عنه بخبر النتاج قلت بل
الاصل هو القضاء باقوى الحجتين وقد وقع الكل هنا في ما هو الاقوى ان كان السبب مما لا يتكرر كان
الاقوى بينة ذي اليد لما مر في مسئلة النتاج وان كان مما يتكرر كان الاقوى بينة الخارج وفي مسئلة
يجب ابقاء ما كان على ما كان فينبغي ان لا ينقض يد ذي اليد بالشك توضيحه ان خبر النتاج لو كان
غير معقول لوجب الاقتصار على ما عرف كون سببه مما لا يتكرر يقينا ولكن المصنف ذكر له وجها
معقولا حيث قال لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد
وهذا يقتضي ان الاصل هو العمل ببينة ذي اليد حتى ان الخبر لو لم يكن واردا فيه لترجحت
بينته ايضا فكان مدار ذلك جدلي والمعول عليه هو الخبر لما ذكرنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا
لانه يثبت الملك والنتاج جميعا وبينة ذي اليد لا يثبت الا النتاج لثبوت اصل الملك باليد
واثبات الثابت متعذر والترجيح باليد بعد الاستواء في الاثبات الذي وضعت البينات لاجله
قوله الشراء من الاخر بان ادعى الخارج انه اشتري من ذي اليد وبرهن واقام ذو اليد البينة
انه اشتراه من الخارج ولا تاريخ معهما بان لا يكون واحد منهما مورخا او كان احدهما مورخا دون
الاخر قوله ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين
وفيه بحث لان المسئلة وضعت في دعوى الشراء لا في دعوى البيع وفي دعوى الشراء لا يدعي كل
اقرار صاحبه بالملك له من قبل ان الاقدام على الشراء اقرار بالملك للبائع حتى يقوم البيان
على اقراره بل يدعي الملك لصاحبه من غير ان يحتاج الى اثباته بالبينة وانما يكون كل
واحد منهما مدعيا اقرار صاحبه بالملك له من قبل ان الاقدام على الشراء اقرار بالملك للبائع ان
لو ادعى كل انه باع من صاحبه هذا العين كما ذكره محمد فانه ذكر هذه النكتة في دعوى البيع
لا يوافق وضع المسئلة فالحق في العبارة ان يقول ولهما ان دعوى الشراء دعوى اقرار البائع
لوقوع الملك للمشتري لظهور ان البينتين انما قامتا على اقرار البائع لوقوع الملك للمشتري لا على
اقرار المشتري بالملك للبائع اللهم الا ان يراد بالشراء البيع وبالبائع المشتري فيكون المعنى لان الاقدام
على البيع اقرار منه بالملك للمشتري فيكون دعوى الشراء دعوى اقرار البائع بوقوع الملك للمشتري

حيث

الجمهور

فيجعل بترتب عليه قوله فصار كانهما قامتا على اقرار رب **قوله** ولان السبب يراد لحكمه بخلاف ان المقصود من اثبات السبب هو الحكم اعني الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك متجدد مستحق بسبب الخارج عليه فبقي القضاء له بالسبب دون الحكم وهذا لا يجوز ذكره جوابا عن محمد **فان قلت** لما جعل كان ذا اليد اشترى من الخارج وقبض ثبت السبب وهو البيع مع الحكم وهو الملك لذي اليد فلا يكون القضاء بمجرد السبب **قلت** اذا لم يورخ الشهود جعلوا كالمقارنين فصار كانه قضي بالسبب بدون حكمه كذا في الشاهان **فان قيل** الشهود ان لم يورخوا فلا اختلاف الحالات ان سبق التاريخ في شراء ذي اليد قد ثبت دلالة لان القبض دليل السبق والدلالة تعمل عمل الصريح فلا يكون قضاء بالسبب المجرد **قلنا** انما يكون القبض دليل السبق عند محمد باعتبار انه لو جعل بيع الخارج لاحقا لزم البيع قبل القبض فلا بد وان يجعل شراء ذي اليد سابقا حملا لامر المسلم على الصلاح الا يرى ان الشهود اذ شهدوا بالقبض لا يجعل قبض ذي اليد دليل السبق لجواز كل واحد من البيعين فعلم ان اليد انما يدل على السبق باعتبار عدم جواز البيع قبل القبض جائز في الشراء في قدمناه يكون جائزا فلا يكون القبض دليل السبق فيجعل الامر كما متقارنين فيلزم القضاء بالسبب دون الحكم ثم يشكل بما اذا شهد شاهدان على رجل بالنكاح بمهر الف وهو مثلها ثم شهد اخران بالطلاق قبل الدخول يقضى بالنكاح والطلاق جميعا كذا في الذخيرة في الفصل العشرين من كتاب الدعوى وعلى هذا الاقضاء بمجرد السبب وهو النكاح **قوله** فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا بالكل حالا وهو هلا كذا في الجائز وهو غير واقع موقعه لان الكلام في الثمن المنقود وعلى تقدير نقد الثمن من الجانبين لا يتصور ان يكون احدهما حالا والاخر موجلا لمنافاة بين التعجيل والتاجيل فالحق ان يقال المراد الاستواء في الوصف كالجودة والرداءة فكانه اراد فيه الالف بالالف قصاص اذا استويا حالا موجلا وههنا قد استويا حالا فيقع المقاصة بينهما اما لو اراد فهذا الالف بهذا الالف قصاص فالمراد الاستواء في صفة الجودة **قوله** ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالاجماع وذكر في الكافي وهذا يخالف ما ذكرنا اولا من المبسوط والجامع الكبير وغيرهما ثم لفظ وقد توقف بان المراد بالتهاتر ههنا الترك في يد ذي اليد لاستلزام التهاتر اياه وبقوله لان الجمع غير ممكن ان الجمع على الترتيب غير ممكن حتى يقضى للخارج بل الجمع ههنا ممكن على عكس ذلك فيجمع لذلك عملا بالبينتين فيكون لذي اليد وبهذا يسقط ما قيل ان الجمع ههنا ايضا ممكن بتقدم شراء الخارج من حيث انا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه حراما ولو جعلنا عقده متاخرا كان قبضه بحق فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقدين بهذا الصفة وجب السقوط ظاهر

قوله فيجعل كأن الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما **قلت** وهذا مشكل لان بيع العقار قبل القبض لئن كان جائزا عندهما ولكن من غير البائع اما من البائع فلا يصح حيث ذكر في الكافي في متفرقات البيوع ولا يصح بيع المبيع واجارته من بائعه قبل القبض وهذا باطلاقه يتناول العقار وغيره والبه يشير التعليل الذي اشار اليه في الكافي فيبطل هذا المثل وهو ان البيع من البائع قبل القبض يفوت القبض المستحق وهو انه يفسد البيع فلو صح البيع من البائع قبل القبض لبطل من حيث صح حيث يفيد به البيع الاول لانه يفوت القبض المستحق فيه واذا فسد البيع الاول لبطل الثاني حيث قال ولا يصح هبة المبيع من بائعه ويبطل البيع لان الهبة لو صحت ابتداء لبطلت انتهاء لانها لو صحت لصار البائع قابضا بنفس القبول فيفوت القبض المستحق بالبيع فيبطل البيع فيبطل العقد بناء عليه فجعلت مجازا عن الاقالة هذا كلامه وهذا التعليل لا يفرق بين العقار وغيره والله اعلم **فصل في التنازع بالايدي قوله** ومن ضرورة القضاء بعضه القضاء بكله ومن ضرورة ثبوت البعض لصاحب الاتصال بلا نزاع ثبوت كله له من حيث الظاهر وذلك ان البعض لاحدهما باتفاق بينهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه كما اذا تنازعا في احد زوجي الباب والزوج الاخر في يد احدهما يقضى لمن في يده ذلك بشهادة الظاهر وبهذا يسقط ما يرد اعتراضا على ظاهر لفظ الكتاب من ان البعض سالم لصاحب الاتصال بلا قضاء اذ لا منازعة في البعض المتفق عليه ولا قضاء بلا منازعة ولزوم القضاء بالبعض لا يستلزم القضاء بالكل فانهما اذا تنازعا في دابة او غيره واقاما بالبينة يقضى بينهما نصفين فليس من ضرورة القضاء بالبعض القضاء بالكل ووجه السقوط على ما ذكرنا من التاويل ظاهر

باب دعوى النسب

قوله وقد اعتق المشتري الام فهي ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن لان الولد كان موجودا في البطن وقت البيع وبالانفصال صار مقصودا فكان له قسط من الثمن كذا في الحاشية **وفيه نظر** لان الولد بمنزلة الوصف للجارية حتى يدخل في بيعها بلا ذكر ولا يصح استثناؤه من العقد وقد قالوا بان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول كالقبض والاستهلاك ولا انفصال من الام ليس من التناول في شيء فلا يقابله شيء من الثمن فالاولى ان يقال ان الولد صار مقصودا ههنا باستهلاك البائع بدعوته الموجبة لحرية الولد من وقت العلوق وهذا الاستهلاك منه كالاستهلاك قبل القبض من حيث ان البيع ينفسخ بهذا الاستهلاك كما ينفسخ بالاستهلاك قبل القبض فكان مقصودا بالتناول فيكون له حصة من الثمن كما لو استهلكه قبل القبض **قوله** وكما في المستولدة بالنكاح بان قلت امراة

تزوجني فاني حرة فتزوجها فولدت له ولدا ثم استحقت كذا في الشرح فيه نظر لان هذه الصورة
احدى صورتي ولد المغرور صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فان المغرور من يطأ امراة
معتمدا على ملك بيمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق فلو فرض صورة المتولدة بالنكاح على هذا
الوجه لكان تكرارا فالاولى ان يقال في صورته انه اذا استولد امة الغير بنكاح ثم يثبت نسبه
منه ولا يصير ام ولد وهكذا ذكرت الصورة في الكافي قوله هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
لان البائع لما ادعى الولد فقد اقر بكونها ام ولد له وان عليه رد جميع الثمن فيعامل معه
باقراره وفي المبسوط وهذا قول بعض المشايخ وليس بصحيح لانا لو جعلنا الجارية ام ولد للبائع
يبطل بيعها واعتاقها من المشتري ويبطل ولاءه وذلك ممتنع فاذا لم يبطل البيع فكيف يسترد
كل الثمن واقراره بكونها ام ولد له قد بطل بتكذيب الشرع ولما قرر منع اتصل التكذيب
به من الشرع يصير وجوده كعدمه الى هذا اشير في بعض الشروح ويمكن ان يجاب بان تكذيب
الشارع انما يبطل الاقرار فيما صح رجوعه عنه اما فيما لا يصح الرجوع عنه فلا يبطل اشار الى
هذا المعنى في المبسوط في موضع اخر حيث قال وان كان له اب للغلام نسب معروف لا
يثبت نسبه منه ويعتق وهذا بخلاف قوله لامراته هذه بنتي وهي معروفة النسب من الغير لكونه
مكذبا شرعا ولو اكذب نفسه بان قال غلطت لا يقع الفرقة وان لم يكن لها نسب معروف فكذلك
اذا صار مكذبا شرعا وههنا لو اكذب نفسه في حق من لا نسب له كان العتق ثابتا فكذا اذا صار مكذبا
في النسب شرعا هكذا نقل الشارح من المبسوط فيما تقدم فعلم ان تكذيب الشارع انما يبطل فيما يصح
تكذيب نفسه فيه دون ما لا يصح وامومية الولد مما لا يصح الرجوع عنه كالعتق فلا تقوم تكذيب
الشرع فيها مقام تكذيبه قوله لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لدعوة البائع قلت
لو صحت دعوة البائع في الولد الواحد يبطل اعتاق المشتري بظهور الحرية الاصلية والعتق يحتمل
البطلان به كما لو برهن المعتق على انه حر الاصل على ان العتق انما يبطل في ضمن ثبوت
نسب البائع لا مقصودا كما يبطل في احد التوامين في ضمن ثبوت نسب الاخر فكانه اراد
ان عتق المشتري في الولد لو بطل لبطلان لحق دعوة البائع في المعتق وانه لا يحتمل البطلان
لذلك لان حقه فيه معارض بالحقيقة الى المشتري والحق المعارض بالحقيقة ساقط العبرة فاما
بطلان عتق المشتري لحق دعوة البائع في غير المعتق فجائز لانه ليس بمعارض بالحقيقة فلا بد
من اعماله ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر وحريته الاصلية فيه وانه يبطل الاعتاق العارض فيحقق
بطلان العتق مقصودا لحق دعوة البائع هو بطلانه لحق دعوته في المعتق ومعنى بطلانه ضمنا
لحق دعوة البائع هو بطلانه لحق دعوته في غيره وبنا الفرق على ان حقه في المعتق معارض حقيقة

وغيره سالم عن معارضة وايضا ذكر في الذخيرة في الفصل الثامن من كتاب الوكالة ان
الاقرار انما يبطل بالقضاء بخلافه اذا كان القضاء بالبينة اما اذا لم يكن القضاء بالبينة فلا
الا يرى ان المشتري اذا انكر ان البائع قد ذكر ان كان اعتق العبد قبل البيع وكذبه البائع
فالقاضي يقضي بالثمن على المشتري للبائع ويحكم بعتق عبد المشتري وحين قضى على المشتري
بالثمن فقد كذبه في اقراره بعتق العبد ومع هذا لم يبطل الاقرار بعتق العبد لما لم يكن التكذيب
بالبينة هذا كلامه وههنا ايضا لم يثبت التكذيب من القاضي بالبينة فيجب ان لا يبطل ذلك
الاقرار فيسترد كل الثمن وايضا ذكر في الكافي في باب الرجعة ان الاقرار انما يبطل بتكذيب
الشرع اذا لم يتعلق به حق الغير اما اذا تعلق فلا الا يرى ان من اقر بعتق الاماء ثم اشتراه
ثم استحق من يده ثم وصل اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا لانه تعلق باقراره حق
الغير وقد تعلق ههنا حق المشتري في استرداد كل الثمن عن البائع لاقراره بكونها ام ولده فلا
يبطل فيه التكذيب قوله ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا
يثبت نسب الولد الذي باعه كذا في الحاشية وهو يخالف ما ذكره الشارح نقلا من الفوائد الظهيرية
اذا لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها يثبت نسب الولدين من البائع ايضا لان حكم
التوامين لا يختلف في حق ثبوت النسب ويعتق الذي عند البائع على البائع وعتق
المشتري على حاله لا يبطل لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانتفاء دعوة الاستيلاد الى
اتصال العلوق بملك من يدعيه فصار كان البائع اعتقه وقد نص في الكافي بثبوت نسب
التوامين جميعا في هذه الصورة فان قلت لا وجه لما ذكر في الحاشية اذ التوامان لا ينفكان
نسبا ولا لما ذكر في الشرح والكافي اذ لو ثبت نسب البائع فيما باع وجب ان ينفسخ البيع ويبطل الاعتاق
حيث يظهر به انه باع ابنه اجيب بان دعوة البائع فيما اذا لم يكن العلوق في ملكه دعوة تحرير
والاصل في هذه الدعوة هو التحرير من حيث ملكه اما النسب فيثبت لضرورة صحة هذه الدعوة في حق
التحرير وما ثبت بالضرورة لا يتعدى الى غيره فلا يتعدى ثبوت نسب من في يده الى المبيع وهذا
هو وجه ما ذكر في الحاشية واما وجه ما ذكره في الشرح والكافي فيقول ان النسب في ما في يده لما
كان يثبت لضرورة صحة الدعوة في حق التحرير فالثابت بالضرورة يثبت مع لوازمه التي لا ينفك
عنه ونسب احد التوامين يستلزم ثبوت النسب في الاخر لا ينفك عنه ابدا فيثبت فيه ايضا غير ان
الاعتاق والبيع لا يبطلان لان بطلان البيع والاعتاق ليس من لوازم ثبوت النسب فلا يظهر
في انفساخ البيع وبطلان الاعتاق اما اذا كان العلوق في ملك البائع فالنسب يثبت من البائع مقصودا
فيتعدى الى بطلان الاعتاق فافترقا ويمكن ان يحمل ما ذكر في الحاشية على انه لا يثبت نسب الاخر ثبوتا

مطلقا بحيث يظهر في بطلان البيع واعتاق المشتري فهو يدل فيما في الكتب من ثبوت نسب
التوءمين جميعا منه من البائع في هذه الصورة والله اعلم **قوله** لان هذه دعوة تحرير لان
اصل العلوق لما لم يكن في ملك البائع كانت دعوته دعوة التحرير فكانت قوله هذا ابني مجازا
عن قوله هذا حر ولا التوءمان ينفصل احدهما عن الاخر في الاعتاق وليس من ضرورة عتق احدهما
بدعوة البائع ابطال البيع وابطال عتق المشتري في الاخر كذا في الشرح **وفيه نظر** لان قوله
هذا ابني اذا كان مجازا لقوله هذا حر ينبغي ان لا يثبت نسب البائع في واحد من التوءمين كما لو قال
هذا حر والمسئلة بخلافه ثم قال من ابقي اني يتم لانه لو قال هذا ذلك متصلا فيه ابن المقر اشار
اليه في الكافي في اول المتفرقات من كتاب الاقرار حيث قال قال لامة بيد طفل لا يعبر عن
نفسه هو ابني وانك ورد له او عكس او اثنينا يثبت نسبه من المقر صدقه شريكه او كذبه لانه لما قال
هو ابني ثبت نسبه منه لعدم المانع من النفاذ وقيام الولاية عليه وكذا اذا عكس لانه ذكر في اخر
كلامه ما يغير اوله فيجعل الكل كلاما واحدا كما في الشرط وصار كانه قال معا وانما ثبت النسب
منه ولا يثبت من الاخر وكذا لو فصل بالسكوت وبدا بنفسه وهذا ظاهر ولو بدا بشريكه يثبت من شريكه
وان كذبه شريكه لا يثبت من احد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يثبت من المقر اصلا لانه اذا
اقر بنسبه ولا ابنه من عبده وكذبه العبد ثم ادعي لنفسه لا يصح عنده خلافا لهما هذا كلامه ولقائل
ان يقول ان الاقرار لنفسه بعد الاقرار لشريكه ابطال الاقرار لشريكه لتعذر الجمع بين الاقرارين
اذ النسب لا يحتمل الشركة فاذا ثبت احدهما بطل الاخر وكذا يبطل بالثاني ما ثبت للاول من حق
التصديق والابطال لا يكون بيانا فلا يصح وان كان موصولا فينبغي ان لا يثبت النسب من المقر
فيما اذا قال هو ابنك وابني **قوله** بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له
على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه
وهذا التعليل لا يكاد يتمشى فيما اذا كان المقر له ميتا لعدم احتمال التصديق منه مع انه لو اقر
لميت ثم ادعي لنفسه لا يصح دعوته بالاجماع فالاولي في التعليل ان يقال انه اذا لم يصدقه ولم
يكذبه لم يرتد اقراره بل بقي صحيحا اذ صحة الاقرار لا يتوقف على القبول وان كان يرتد بالرد
فاذا كان الاقرار صحيحا غير مردود لم يصح دعوة المقر بعد ذلك ثم قد يشكل الفرق بين ولد الملاعنة
والولد الذي انعلق عند البائع بيقين من حيث ان ولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غيره لما ان
للملاعن ان يكذب نفسه فيثبت النسب منه والولد المتعلق في ملك البائع يثبت نسبه من المشتري
بدعوته مع ان للبائع ان يدعي نسبه فيثبت منه كما ان للملاعن ان يكذب نفسه بالدعوة فيثبت
النسب منه ووجه الفرق ان المشتري كالبائع من حيث انه ثبت له حق دعوة التحرير كما ان للبائع

حق دعوة

حق دعوة الاستيلاد فلا يجوز ابطال احد الحقين بالاخر فاما بهما تقدم دعوته فيثبت النسب منه لعدم
المزاحم اذ الحق لا يزاحم الحقيقة ومتى ادعى المشتري يثبت نسبه منه حقيقة فلا يعارضه ما للبائع
من حق الدعوة بخلاف غير الملاعن فانه لم يثبت له حق الدعوة كما يثبت للملاعن لوجود العلوق
في فراشه وعدمه في فراش غيره **قوله** والاقرار بمثله لا يرتد بالرد لانه لا يلتحق بالعدم
فيبقى الاقرار بالنسب في حق صحة التصديق **فان قلت** فكيف يعمل فيه الاكراه والهزل وهما
لا يعملان فيما لا يرتد بالرد **قلت** بانهما لا يعملان في رد الاقرار بالنسب بعد ثبوته بل في منع صحة
الاقرار وذلك لان صحة الاقرار باعتبار وقوعه دلالة على وجود المخبر به والاكراه والهزل
يدلان على عدم المخبر به فيمنعان صحة الاقرار لا انهما يبطلانه بعد وقوعه صحيحا ثم الدليل على
ان الاقرار بما لا يحتمل النقض لا يرتد بالرد ان المشتري اذا اقر ان البائع كان اعتق
ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكن يعتق على المقر كذا في الكافي واستدل
في بعض الحواشي بما اذا اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه
بعد ذلك يعتق عليه **وفيه نظر** لان المكذب في مسئلتنا هو المقر له وفي مسئلة الشراء هو من وقع
الاقرار عليه دون المقر له وجاز ان يبطل الاقرار بتكذيب من وقع له لانه حقه فيبطل بابطاله
ولا يبطل بتكذيب غيره لعدم تمكنه من ابطال حق الغير فافترقا في تمامه **قوله** كمن شهد على
رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمته ثم ادعاه لنفسه **قلت** هذا بتحريانه لا خلاف في هذه المسئلة
وذكر في الذخيرة ما يدل على انه على الاختلاف ايضا حيث قال واما اذا كذبه المقر له ثم ادعاه
لنفسه قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح دعوته لان اقراره قد بطل بتكذيب المقر له فالتحق بالعدم وقال
ابو حنيفة لا يصح لان تحت اقراره شيئان ثبوت النسب من المقر له وخروجه من دعوى هذا النسب
وبتكذيب المقر له يبطل ثبوت النسب لا خروجه عن دعواه وعلى هذا اذا ادعت امراة على رجل
انه تزوجها وان هذا الصبي الذي في يدها منه فشهد رجلان على الزوج فردت شهادتهما ثم ان احد
الشاهدين ادعى ذلك الصبي لنفسه لا يصح دعوته عند ابي حنيفة رضي الله عنه هذا كلامه ولكن خروجه
عن دعوى النسب باقراره للغير لا يربو على نفيه عن نفسه صريحا ولو نفاه ثم ادعاه صحت دعوته لان
مبناها على الخفاء والتناقض في مثله عفو **قوله** وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه
بعد التكذيب يثبت النسب منه **قلت** قوله في تخريج صاحب بخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه
تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه اشارة الى ان المقر له اذا كذب لا يبقى له حق التصديق
والا لم يتم هذا الفرق على قولهما فيكون بقاء حق التصديق بعد ما كذب عين النزاع فلا يصلح دليلا
قوله وكذا تعلق به حق الولد **قلت** الرواية منصوصة في حاشية البزدوي في بحث الحقيقة والمجاز

لان الرجوع عن النسب قبل تصديق المقر له صحيح مع ان فيه ابطال حق الولد على اعتبار تصديقه فكذا هنا يجب ان يصح رد الاقرار وان كان فيه ابطال حق الولد على اعتبار تصديقه وذلك لان النسب حق المقر كما هو حق الولد فيجوز له ان يبطل حقه وان كان فيه ابطال حق الولد ضمنا وايضا لو تعلق به حق المقر له وحق الولد وكان دعوته لنفسه ابطالا لذلك الحق وجب ان لا يصح دعوته لنفسه منفصلا ايضا بان قال هو ابنك وابى وليس كذلك كما ذكرنا **قوله** وان لم يكن منكوحة ولا معتدة يثبت النسب منها هذا يشير الى انها لو كانت منكوحة لا يثبت النسب منها ايضا كما لا يثبت من زوجها وذكر في المحيط ان المراة اذا كانت ذات زوج فاقرت بها معتزنيا بينها وبين المقر له حتى انها اذا ماتت وليس لها وارث سوى هذا المقر له يكون ميراثها له وفي الذخيرة في الفصل الرابع والعشرين من كتاب الدعوى ادعت امراة من اللقيط صبيا تحمله وهو لا يعبر عن نفسه او يعبر الا انه صدقها لا يصح دعواها ولا يثبت نسبه منها ولو ماتت المدعية او الصغير بعد ما عتقا لا يتوارثان وذكر في بعض روايات كتاب الدعوى يتوارثان الا ان يكون لها نسب معروف فقيل ما ذكر هنا محمول على ما اذا كان لها وارث معروف وانهما يتوارثان اذا لم يكن لها وارث معروف لان كلا اقر لصاحبه بالميراث والنسب وليس في اعتبار اقرارها في حق الميراث ابطال حق على احد اذا لم يكن لها وارث معروف فيعتبر بخلاف ما اذا كان لان فيه ابطال حقه وقيل في المسئلة روايتان ووجه ما ذكر هنا ان الاقرار بالمال هنا انما يثبت في ضمن الاقرار بالنسب فاذا لم يثبت المتضمن وهو النسب لم يثبت المتضمن وهو المال وقيل ايضا في الفصل السابع من كتاب الدعوى ذكر في الجامع ان اقرار المراة بالولد جائز وذكر في دعوى الاصل انه باطل لان النسب من الاب فيكون تحميلا عليه حكي عن الامام فخر الاسلام ان ما ذكر في الجامع محمول على ما اذا لم يكن لها زوج معروف فصار اقرارها منصرفا الى الزنا فصار عليها خاصة وما في الاصل محمول على ما اذا كان لها زوج معروف فيكون تحميلا عليه ومنهم من قال في المسئلة روايتان **قوله** وولد المغرور حر باجماع الصحابة لكن حر بالعوض باجماع الصحابة رضي فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه قضى على اب الولد ان يفدي اولاده الغلام بالغلام والجارية بالجارية اي الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فاذا كان المراد الحرية بالعوض صح قوله وولد المغرور حر باجماع الصحابة دليلا على كونه حرا بالقيمة **قوله** رقيقا في حق مدعيه **فان قلت** اذا كان الولد رقيقا في حق المستحق وجب ان يعتق عليه اذا كان المستحق ذا رحم محرم منه وكذا يجب ان يكون ولاؤه للمستحق والمسئلة بخلافه **اجيب** بان ولد المغرور حر في حق غير المستحق في جميع الاحكام وفي حق المستحق رقيق في حق الضمان حر في حق ما سواه فلا يظهر في حق الولاء والعتق

المحرم الى الولاء والعتق لبيان الضمان في شيء **قوله** فلا يضمنه الا بالمنع **فان قلت** اذا احرز العدو ام ولد مسلم او مكاتبته او مدبرته بدارهم فاستولدها ثم اسلم او صار له ذمة ردت الى مولاها لانهما لا تملك بالحرز ويكون ولدها حرا ثابت النسب من المستولد لانه وطئها بشبهة الملك فكان كولد المغرور وهو حر ثابت النسب ولا قيمة عليه ولو استهلكه على المولى بالغرور لان حال الوطي محاربة وذا يمنع وجوب الضمان باستهلاك سائر اجزائها حقيقة فكذا باستهلاك هذا الجزء فلو كان الضمان باعتبار المنع والمنع انما يوجد يوم الخصومة لوجب الضمان على المستولد لانه يوم الخصومة مسلم او ذمي فيمكن ايجاب الضمان عليه ~~فجوابه ان الضمان على المستولد لا يوم الخصومة~~ ان كان يجب بالمنع ولكن المنع انما يتحقق بعد الخصومة بالحرية والحرية سابقة لانه يتعلق حرا من جهة المستولد فيكون مانعا للولد من المستحق بعد الخصومة مستندا الى وقت الانعلاق ~~فيجب بعد الخصومة بالمنع مستندا الى وقت العلوق~~ لاستناد المنع اليه والمستولد في هذه المسئلة حربي عند الانعلاق ومنع الحربي لا يوجب الضمان فيكون ولده حرا بلا ضمان ثم الثابت بالاستناد مقتصر من وجه على ما عرف فاعتبر يوم الوطي في وجوب اصل الضمان ويوم الخصومة في اعتبار مقداره عملا بمعنى الاستناد والاقتصار **فان قلت** اذا كان الضمان بالمنع وجب ان لا يجب عليه الضمان اذا استولد ام ولد الغير اذ ولد ام الولد لا يضمن بالمنع حتى لو غصب ام ولد الغير فولدت عنده ومنع الغاصب الولد من المولى لا يضمن والقيمة كما يجب في ولد القنة يجب في ولد ام الولد ايضا **اجيب** بان القياس ان لا يجب الضمان في ولد ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله غير انا اوجبنا الضمان فيه باجماعهم على حرية المغرور بالقيمة من غير تفصيل بين ولد القنة وغيرها **وفيه نظر** لان القيمة لا يجب على المغرور في مسئلة العدو التي ذكرنا لقيام الدليل على عدم وجوبها فعلم ان اجماعهم على وجوب القيمة مقيد بما اذا لم يمنع مانع عن ايجابها والمانع في ولد ام الولد موجود وهو عدم تقومها على ان هذا الاجماع لا يمكن اجراؤه على الاطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله فان المستولد لو كان عبدا ثم استحقت يكون ولده رقيقا فالجواب بان ضمان الولد هنا ضمان احتباس المالية عنه بالحرية وام الولد متقومة في هذا الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله حتى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت يجب عليها قيمتها للاحتباس بالبقاء عندها او نقول مثل هذا الضمان لا يحتاج عنده الى التقوم بل يكفيه كونها محترمة على ما اشار اليه المصنف في العتاق حيث قال ولكن ام الولد ان لم يكن متقومة فهي محترمة وهو يكفي لايجاب الضمان فاذا كان هذا الضمان لا يحتاج الى التقوم ويكفيه الاحترام وجب ضمان ولد ام الولد في صورة المغرور غير انه يجب على المغرور لان احتباسه بالثبوت بالحرية جاء من قبل المستولد فيجب

الضمان عليه ثم لفظ الكافي هنا مشكل حيث قال وانما اوجبنا القيمة يوم الخصومة لان الولد من زوايد الغصب وزوايد الغصب انما تضمن بالمنع كولد المغصوبة هذا كلامه فقد نص بان ولد المستولدة اذا استحقت من زوايد الغصب فيجب ان لا يجب عليه قيمة ولد ام الولد لانها لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله وقد ذكرنا انه لا فرق بين ولد ام الولد والقنة في باب الغرور والله اعلم **قوله** فلهذا يعتبر قيمته يوم الخصومة **فان قلت** المكاتب اذا وطي جارية مكاتبه فولدت منه يغرم قيمته يوم الولادة وان كان المكاتب مغرورا **قلت** انه ليس بمغرور اذ المغرور من غره غيره ولم يغره احد وان الولد كما يولد يحكم بحريته فيوجد المنع فيكون وقت الولادة وقت المنع كذا في الكافي وفي الحواشي نظر اما في الاول فلان المغرور والمغتر المعتمد على الدليل سواء في هذا الباب لاستوايهما في العلة فان كل واحد منهما لم يرض برق ما به غير ان المغتر لا يرجع بقيمة الولد على احد والمغرور يرجع على الغار على ان صاحب الذخيرة صرح بان المولى يصير مغرورا في جارية المكاتب حيث قال ان المولى يصير مغرورا في جارية المكاتب لما له فيها من حق الملك لان له سبب الملك في اكساب المكاتب وهو ملك رقبته فعلم ان حق الملك يكفي لتحقق الغرور هذا النقل فعلم ان المغرور من غره غيره او اعتمد على دليل من الملك او حق الملك واما في الثاني فلان ولد المغرور محكوم عليه بالحرية بمجرد الولادة في جميع المواضع غير ان المنع بالحرية انما يتحقق بعد الطلب اذ لا منع يتصور قبله بل الجواب ان المولى يوطي جارية المكاتب يصير كالمتلف لولدها في حق المكاتب لانه لما وطيها مع العلم بان المكاتب احق باجزايها ولد هذا الجزء وهو الولد يصير ممنوعا عن المكاتب بمجرد الولادة حيث يتعلق حقا لماله في اكسابه حق الملك فكانه يصير متلفا للولد في حق المكاتب بالوطي فتعتبر قيمته يوم الهلاك وهو الولادة كما يعتبر قيمته يوم القتل لو قتله الاب **قوله** فاخذ ديته قيل به لانه ان لم يقبض شيا من ديته لا يقضي عليه بقيمته لانه لم يسلم له الولد بنفسه ولا ببدله فلم يصر مانعا الولد لابنفسه ولا بمنع بدله وان قبض من الدية قدر قيمة الولد يقضي عليه بقيمته لان الولد ربيق في حق المستحق وانما يشترط لايجاب الضمان على المستولد للمستحق ان يسلم له بدله ربيقا وقد سلم له ذلك متى قبض قدر قيمته كذا في الذخيرة فعلى هذا لو قال واخذ قدر قيمته من ديته لكان اولى لان الشرط هو اخذ قدر قيمته لا اخذ الدية بتمامها **قوله** فيغرم قيمته ولكن يضمن قيمته يوم القتل وكان ينبغي ان يضمن قيمته يوم الخصومة لان المنع بعد الطلب انما يتحقق يوم الخصومة ومنع البدل كمنع المبدل ولكن ايجاب القيمة يوم الخصومة متعذر لانه لا قيمة للولد فيه لانه ميت والميت لا قيمة له فاعتبرنا

الجواب

قيمته في اخر يوم يمكن تقويمه اذا منع البدل وذلك يوم القتل بخلاف ما اذا كان الولد فانما لان قيمته يمكن يوم الخصومة كذا في الذخيرة وقد يشكل بما اذا غصب مثليا فهلك او انقطع المثل حيث يجب عند ابي حنيفة رحمه الله قيمته يوم الخصومة لا يوم الانقطاع ولا فرق بين موت الولد وهلاك المثلي يوضحه انه يمكن لنا تقويم الهالك والميت يوم الخصومة على تقدير كونه حيا يعني ان مثل هذا الغلام لو كان حيا يعني ان مثل هذا الغلام لو كان حيا كم يكون قيمته

كتاب الاقرار

قوله وشرط الحرية ليصح الاقرار مطلقا كانه اراد بصحة الاقرار مطلقا سواء يواخذ به في الحال ولا فاقرار العبد ايضا صحيح في حق نفسه مطلقا حتى يواخذ به بعد عتقه **قوله** فان لم يبين اجبره القاضي عليه **فان قلت** كيف يجبره عليه والتجهيل قد يكون لجهله بالحق بان اتلف مالا لا يدري قيمته او جرحه جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه **قلت** الظاهر من حال المقر هو العلم بالحق الذي عليه وجهل الجهل لانه يردي الى الكذب يقرب به فيجب عليه البيان وما ذكرت من انه قد يكون الحق مجهولا فذلك احتمال اعتبر ليصح اقراره مجهولا اما القاضي فعليه ان يعمل على الظاهر ولا يصدقه فيما هو محتمل **قوله** ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ويقال يجب له درهمان لان كذا كناية عن العدد واقله اثنان لانه عبارة عن نصف مجموع حاشيته وهو رواية الذخيرة ويقال يجب ان يلزمه ثلثة دراهم لان اقل عدد يذكر له التمييز ثلثة حيث الابهيز واحدا اثنان بل يجب ان يلزمه احد عشر لانه ذكر التمييز منصوبا واقل عدد يذكر تمييزه منصوبا احد عشر وجوابه اما عن الاول فلان لفظ كذا كناية عن العدد بمعنى ما يعرف به كمية الشي لا بمعنى نصف مجموع حاشيته واقل ما يعرف به كمية الشي واحد وذلك انه كناية عن العدد لا محالة والعدد يطلق عند البعض على نصف مجموع حاشيته وعند البعض على ما يعرف به كمية الشي فاعتبار الاول يوجب ان يلزمه اثنان واعتبار الثاني يوجب ان يلزمه واحد فيجب درهم واحد اخذا بما هو المتيقن واما عن الثاني فلانه لا يمكن الحاقه بالثلثة لتوقف ما هو لازم تمييزه وهو الجمعية والاضافة ولا باحد عشر لتوقف تكرار العدد فاعتبر ظاهر مفهومه وهو ان لفظ كذا مبهم بينها قوله درهما فصار كانه قال له علي درهم واما امتناع التمييز فمختص بلفظ الواحد والاثنين **قوله** والقضاء يتلو الوجوب لكونه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه ودعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في مال واجب عليه وهذا يشكل بما مر من قوله ومن ادعى على اخر ما لا فقال ما كان لك على شي قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان مناقضا وكنا ان التوفيق ممكن لان غير

الحق بنفي ويبرأ من نبلون لانها للخصومة لا يرى انه يقال نفضي بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي هذا كلامه وجوابه ان القضاء والابراء يقتضيان الوجوب تحقيقهما غير ان الانكار السابق قرينة صارفة عنها فيحمل على المحتمل الذي يحتمل له اللفظ في الجملة ولا صارف هنا فيجري على الحقيقة وذلك ظاهر **قوله** انهم يستثقلون تكرار الدرهم في كل عدد والتزموا بذكره عقيب العددين **فان قلت** هذا الدليل انما يتاتى فيما اذا ذكر عددين واعقبهما بالدرهم تمييزا نحو ثلثة ومائة درهم ولا يتاتى في نحو مائة درهم لانتفاء ذكر العددين هنا فالدليل لا يوافق المدعا **قلت** هنا ايضا ذكر العددين معنى لان قوله درهم يدل على الواحد وهو العدد الثاني فكانه قيل واحد ومائة درهم **فان قلت** قولنا مائة وثوب يجب ان يكون الكل اثوابا كما لو صرح بذكر العددين **اجيب** بان الحاجة ماسة الى اعتبار نحو مائة ودرهم بالوصح بذكر العددين واعقبهما تمييزا الكثرة الاستعمال فاعتبرناه به ولا حاجة بنا الى في مائة وثوب لعدم الكثرة على ما عرف فاعتبرنا الظاهر ولم يجعله في حكم العددين **قوله** ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظروف وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا قال غصبت اكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة مع ان غصب الشيء وهو مشتغل على شيء لا يتحقق الا بغصب ذلك الشيء اللهم الا ان يثبت العرف انهم يذكرون الحمار في مثل غصبت اكافا على حمار لبيان محل الغصب فكان كلمة على مستعارا المعنى من اي غصبت من هذا المحل وغصب الشيء من محل لا يوجب غصب ذلك المحل المكلف في قولهم غصب تمرا في قوصرة فعلى الحقيقة لعدم العرف هناك ثم ذكر في الدراية ان القوصرة يطلق على التمر والظرف جميعا والبه اشار المصنف في باب الوصية بالكف والجامة وما بينك انا الله تعالى وقوله هنا ان القوصرة ظرف له يدل على انه اسم للظرف لا للظرف والمظروف جميعا الا ان يقال معنى قوله وعاء وظرف له انها في قوله غصبت تمرا في قوصرة جعل ظرفا للتمر وجاز ان يكون اسما للمجموع لكنه جعل ظرفا بارادة بعض المعنى **قوله** لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف قال الشارح في جواب محمل وأما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه لو قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير عند محمد يلزمه الكل في هذه الصورة مع لزوم عشرة اثواب الحرير لا يجعل وعاء للكرباس ثم لفظه **وفيه نظر** لما عرف ان النقض عبارة عن تخلف المدلول عن الدليل اما تخلف الدليل عن المدلول فليس من النقض في شيء وفيما نحن فيه انما هو تخلف العلة عن الحكم وذلك غير قادح فقوله منقوض ممنوع ثم المراد من النفيس العزيز النادر وجوده والكرباس في بعض البلاد يكون اعز من الحرير فيلف في عشرة اثواب حرير مبالغة في

حنفظ **قوله** ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم وقد يقال استعمال في بمعنى البين والوسط مجاز واستعمالها للظرف حقيقة والحقيقة اولى واجيب في الحاشية بان الحقيقة هنا تركت بدلالة العادة ان لا يجعل الثوب الواحد في عشرة ولا يقال لو كانت الحقيقة متروكة بدلالة العادة لكان عدم اللزوم باعتبار انتفاء الدليل عليه لا باعتبار الشك في دليله وقد اشار المصنف بقوله فوقع الشك الى ان انتفاء اللزوم باعتبار وقوع الشك في دليل اللزوم لانا نقول انما يكون عدم اللزوم باعتبار انتفاء الدليل لا باعتبار وقوع الشك ان لو تعين معنى الوسط بعد ترك الحقيقة وليس كذلك لاحتمال ان يكون بمعنى مع قيل من اهل عشر ثوبا واذا لم يتعين معنى البين مرادا يحتمل ان يكون المراد معنى مع ولان يكون معنى البين والاول ان كان يوجب اللزوم والثاني لا يوجب فلا يلزم بالشك **قوله** فتعين الاول محملا ولقائل ان يقول كيف تعين محملا والمجاز هنا غير متعين لاحتمال ان يكون كلمة في بمعنى البين وان يكون بمعنى مع والحمل على الحقيقة اذا تعذر ولم يكن لها مجاز متعين يصير مجملا فيما هو المراد حتى لا يجوز الحمل على احدى المعاني المجازية الا بدليل ولا دليل هنا على تعيين ارادة معنى الوسط فكيف تعين الاول محملا الا ان يقال استعمال كلمة في في قولنا الفلان على ثوب في عشرة اثواب لمعنى البين متعارف وللعرف يصلح معينا فالدليل لاول على هذا محمول على تقدير تسليم عدم العرف والله اعلم

فصل قوله لانه يكون متحيلا واعترض بانه رجوع وذا لا يجوز والجواب ان الرجوع عبارة عن ابطال الحق بعد الثبوت وحق المقر له ههنا غير ثابت بمطلق الاقرار اما عند ابي يوسف فظاهر لان الاقرار للحمل لا يصح عنده ما لم يبين السبب الصالح فكان بيان السبب عنه تصحيحا للاقرار فاذا بين سببا مستحيلا فقد امتنع من التصحيح ولا متناع منه ليس من الرجوع في شيء واما عند محمد فيطلق الاقرار وان كان محمولا على السبب الصالح ولكن انما يحمل عليه اذا لم يكن في كلامه ما ينافي الحمل عليه اما اذا كان بان صرح بالسبب الغير الصالح فلا فاذا لم يكن محمولا على السبب الصالح لم يتعلق بهذا الاقرار حق المقر له فلا يكون بيان سبب غير صالح رجوعا واجاب الشارح عن هذا بقوله قلنا لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فقد يترتب على الجاهل فيظن ان الجنين ما يثبت عليه الولاية فيعامل ثم يقر بذلك المال للجنين على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا ثم لفظه ولا يقال كما اعترض الجاهل ههنا ينبغي ان يعتبر فيما اذا قال لفلان على الف من ثمن خمر او خنزير لان الجاهل قد يظن ان بيع الخمر والخنزير جائز فتبايعه بنفر

بما وجب عليه بناء على ظنه وبين سببه لم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا
بيانا لا رجوعا وبيانه ان انه رجوع على قول ابي حنيفة رحمه الا انا نقول ظن الجاهل انما يعتبر اذا صادف
موضع الاجتهاد او يكون في موضع الشبهة والظن بجواز بيع الخمر والخنزير ليس في موضع الاجتهاد
والا في موضع الشبهة فلا يعتبر بخلاف الظن بثبوت الولاية على الجنين فانه في موضع الشبهة لان
الجنين كالمولود في بعض الاحكام حيث يجوز الوصية له وبه ويستحق الميراث كالمولود فجاز ان
يظن ان الولاية يثبت عليه كما يثبت على المولود فيكون هذا الظن كظن الابن حل جارية
الاب باعتبار اتصال المنافع ولا املاك قوله ان الاقرار مطلقه ينصرف الى اخره اعلم انهم ذكروا
لابي يوسف رحمه طريقين احدهما ما ذكر في الكتاب ويرد عليه انه لو اقر بحمل جارية لرجل ولم يبين
سببا صح عند ابي يوسف رحمه ايضا فلو كان مطلق الاقرار محمولا على سبب التجارة لما صح الاقرار بالحمل
مطلقا الا ان يقال مطلق الاقرار انما ينصرف الى سبب التجارة في الاقرار بالديون لا في الاقرار
بالاعيان ولا اقرار بالحمل اقرار بالعين فلا ينصرف مطلقه الى سبب التجارة ثم يشكل بان الاصل
في الاقرار ان يصرف مطلقه الى سبب التجارة ولكن اذا امكن صرف مطلقه الى ما ينصرف اليه
محافظة على هذا الاصل اما اذا لم يمكن صرفه اليه يجب ان يحمل على غيره تصحيحا للاقرار بالقدر
الممكن وفي اقرار العبد الماذون واحد المتفاوضين يمكن الحمل بهذا الاصل فيحمل اقرارهما
على سبب التجارة اما الاقرار بالحمل فلا يمكن صرفه الى ذلك فينبغي ان يحمل على غير التجارة
تصحيحا لكلام العاقل ما امكن والثاني ان هذا اقرار احتمل الجواز والفساد وقد تعذر حمله على
الجواز فيحكم بالفساد وذلك لان للجواز جهتين الوصية والارث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى
من الاخر فتعذر الحمل على الجواز فتعين الفساد بخلاف اقرار العبد الماذون فان جهة الجواز
ههنا متعينة وهي التجارة وبخلاف الاقرار بالحمل فان طريق التصحيح متعين كما يجيء هذا
ما اشير اليه في الشرح والكافي ويرد عليه ان الاقرار بالملك لا يحتاج الى تعيين السبب حتى
يبطل عند تزاحم الاسباب لا يرى انه لو اقر بعين لانسان بملك مطلق صح مع ان له اسبابا
شتى فكذا الاقرار بالدين اذ لا فارق بين الاقرار بملك العين والاقرار بملك الدين وجوابه
ان هذا الاخير الوجه بناء على ما مر من مذهب ابي يوسف رحمه من ان الاقرار للحمل لا يصح لا عند
بيان السبب الصالح فكان تعيين السبب الصالح شرطا عنده فحيث احتيج الى تعيين وكان له سببان
او اكثر تعذر التعيين لعدم الترجيح وبدون التعيين الاقرار باطل عنده فاما عند محمد رحمه فمطلق
الاقرار صحيح عنده ولا حاجة عنده الى تعيين السبب فلا يضر تزاحم الاسباب قوله الا ان له
وجها صحيحا وهو الوصية من جهة غيره قال الشارح وقد ذكرنا انفا ان جهة الجواز اذا كانت

متعددة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم يكن احدهما اولى في الحمل عليه من الاخر اما
اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها كما في هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل
غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب في الام ايضا لشيوع حقه
في جميع التركة اما الوصية بالحمل لا يكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا
سر الفرق لابي يوسف رحمه في صحة اقراره مطلقا بحمل الجارية وعدم صحة اقراره للحمل
الا ان هناك لصحة الاقرار مطلقا جهتان الميراث والوصية وليس احدهما باولى فبقي على
البطلان ثم لفظه وفيه نظر لان الحمل قد يكون ميراثا بدون الام كما اذا اوصى بجارية
لرجل ولستثنى حملها يصح الاستثناء ويكون الحمل ميراثا والجارية وصية صرح به المصنف في
باب البيع الفاسد بمسئلة ومن اشترى جارية الا حملها حيث قال وكذا الوصية لا يبطل ولكن
يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية فقول الشارح لان الوارث اذا كان
له نصيب في الحمل كان له نصيب في الام ايضا ممنوع لجواز ان يكون له نصيب في الحمل دون
الام فيصلح الميراث ان يزاحم الوصية في الحمل فلا يكون جهة الجواز متعينة في هذه المسئلة ايضا
والجواب ان الاقرار بالحمل لو حمل على الميراث لكان ذلك اقرارا منه بان الجارية من التركة
لان كون الحمل ميراثا يستلزم كون الجارية من تركة المورث فيستحقها الوارث ضرورة الا اذا
ادعى المقر ان الجارية له بوصية مورثه وتقيم على ذلك بينة وكل ذلك لم يوجد ههنا فيكون
الجارية للمقر له ايضا لانه اقر بكونه وارثا وكون الجارية من تركة المورث والتركة لا يستحقها
الا الوارث اما غيره فلا يستحق الا بوصية من مورثه والمقر لم يدع الوصية لنفسه فيؤمر بتسليم الجارية
فلا يكون اقرارا بالحمل فقط فظهر ان صورة الاقرار بالحمل فقط ليس الا الوصية فتعينت
محملا وهذا معنى قول الشارح ان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب في الام
ايضا وفيه نظر لان كون الحمل ميراثا لا يستلزم كون الجارية من التركة لجواز ان يكون
الحمل من الميراث ولم يكن الجارية من تركة المورث كما اذا اوصى لرجل بحمل جارية فمات
الموصي ثم مات الموصى له فالحمل يكون لورثة الموصى له وراثة والجارية ليست من تركة المورث
والمسئلة مذكورة في الشرح في باب البيع الفاسد عند قوله والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثناؤه من العقد اللهم الا ان يعتبر الندرة فان مثل هذه الحالة التي يكون الحمل فيها
ميراثا ولا يكون الجارية من تركة المورث على وجه فرضت نادرة على ما لا يخفى فلا يعتبر في تعدد
جهات الجواز قوله باب الاستثناء وما في معناه فان استثنى الجميع لزمه الاقرار
وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل ولا حاصل بعده فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل

موصولا كان او مفصولا واعترض بان استثناء الكل لو كان رجوعا لكان ينبغي ان يعمل
الرجوع فيما صح الرجوع عنه كالوصية وليس كذلك فانه لو قال ثلث مالي لزيد الا ثلث مالي كان
الاستثناء باطلا وصحت الوصية بالثلث لزيد وقد يجاب بان هذا مبني على تقدير تسليم صحة الاستثناء
ومعناه ان هذا الاستثناء باطل لان الاستثناء تكلم بالحاصل ولا حاصل بعده فيكون لغوا وعلى
تقدير صحته يكون رجوعا والرجوع في مسئلة الاقرار باطل ولكن اللفظ لا ينعقد لهذا المعنى **قوله**
اما ابطال وهو مذهب محمد او تعليق وهو مذهب ابي يوسف هكذا ذكر الخلاف في الكافي
حيث قال ومن اقر بشيء وقال ان شاء الله تعالى متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان التعليق
بمشية الله تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده للحكم وعند ابي يوسف تعليق بشرط
لا يوقف عليه فكان اعداما من الاصل هذا كلامه وذكر في الحاشية التاجية ان الاختلاف على
عكس هذا فيعلم ان قوله ان شاء الله تعالى ابطال عند ابي يوسف تعليق عند محمد والله اعلم
بالصواب **قوله** اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا
لفوات الشرط وان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه يتبين به انه
ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكان ينبغي ان يجب المال كما في شرط الخيار الا ان التعليق
يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغا الخيار
بقي حكم الاقرار بناء على السبب **قوله** معنى لا لفظا لانه تبعا لا مقصودا يعني ان اسم الدار اسم
لعرصة ادير عليها الحيطان لا للعرصة والبناء جميعا **قوله** او لان البيت منها لانه داخل فيه لفظا
اذ البيت اسم لما يبات فيه من اجزاء الدار فكان جزءا للدار والجزء داخل في الكل لفظا **قوله**
فيكون تاجيلا لا تعليقا لان موته كائن لا محالة وكذا مجيء راس الشهر ووقت الفطر حتى قالوا المراد
بدخول وقت الفطر لا حقيقة الفطر حتى لو عني به حقيقة فعل الفطر ينبغي ان لا يصح اقراره كذا
في الكافية وهو مشكل لما ذكرنا في متفرقات الايمان حيث قال ولو قال عبده حر ان حلفت
بطلاقها حنث بتعليق الطلاق بفعله او فعل غيره او بمشية الله لوجود الركن وهو ذكر الشرط
والجزاء وكذا لو قال انت طالق اذا جاء غدا و اذا جاء راس الشهر حيث لانه علقه بمجيء الغد
فصار كالتعليق بالقدوم **فان قيل** مجيء الغد متيقن الوجود فلا يصلح شرطا **قلنا** كونه شرطا
غير متيقن فان احدهما لو مات قبل مجيء الغد لا يكون شرطا لان الشرط ما يكون علما على
نزول الجزاء فلا يتصور بلا نزول الجزاء هذا لفظه فقد جعل التعليق بمجيء الغد ومجيء راس الشهر
تعليقا لا تاجيلا والله اعلم بالصواب وفي الشاهان ان الناس يتعاملون بذكر مثل هذه الاشياء
محل الاجل فخرجت الحقيقة للعرف فصار معترا بدين موجل **قوله** رجوعا عما ذكر اللازم الثابت

يتضاد فيما كان الثابت معاينة لان اذا اشتري معاينة ولم يقبض قبل للبائع ان يثبت فسلم
المبيع وخذ الالف مثلا ولا فلا شيء لك فكذا في الاقرار كذا في الحاشية **وفيه نظر** لان
البيع اذا ثبت بالمعاينة فلا اختيار للبائع في احضار المبيع وتسليمه عند نقد الثمن فكيف يقال
له ان يثبت فسلم العبد لان التعليق بالمشية يوجب الخيار وليس له ذلك بل يجبر على التسليم
عند النقد على ان قوله ان يثبت فسلم العبد وخذ الالف ظاهره يقتضي وجوب التسليم على
البائع اولا وانه بخلافه على ما هو في البيوع الا ان يقال المراد من قوله فسلم احضره للتسليم
والبائع وان كان مجبرا على الاحضار لكن يطلب من المشتري بان يقول انا ادي الثمن
اليك فاحضر المبيع كي تمكن من قبضه عقيب التسليم اما اذا لم يطلبه فالبائع مخير ان شاء
احضر المبيع واخذ الثمن من المشتري جبرا وان شاء لم يحضره وما في الكتاب والحاشية محمول
على ما اذا لم يطلب المشتري من البائع الاحضار ولا يريد النقد وبهذا يخرج الجواب عن
الاعتراض الثاني ايضا لان البائع وان كان لا يطالب بالتسليم اولا فهو يطالب بالاحضار اليه
ليتمكن المشتري من قبضه عقيب النقد **قوله** لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول
كلامه للوجوب **وفيه بحث** لما ذكر في الذخيرة ان المدعا عليه ان قال على الالف درهم من ثمن
خمر واقام على ذلك بينة لا يندفع عنه دعوى الذمي عند ابي حنيفة لان المسلم قد يجب عليه
ثمن الخمر عنده بان يوكل ذميا بشرائها وعندهما يندفع دعوى الذمي لان عندهما لا يجب ثمن
الخمر على المسلم بحال هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر الا ان يقال هذا اقامة الدليل من قبل
ابي حنيفة على ما زعم ابو يوسف ومحمد من ان ثمن الخمر والخنزير لا يجب على المسلم بحال
واما لزوم الالف على زعم ابي حنيفة فظاهر فابو حنيفة كانه يقول بلزوم الالف على المقر على
اصله ظاهر وكذا على اصلكما لانه رجوع والرجوع بعد الاقرار باطل **قوله** ولابي حنيفة
ان هذا رجوع عما اقر ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل كقوله علي الف من ثمن
بيع الى شهر لان دعوى الاجل لا يقبل كذا في الكافي **فان قلت** لما كان رجوعا عما اقر
كان في دعواه متناقضا فيجب ان لا يقبل البينة عليه لانها انما يقبل على دعوى صحيحة
اجيب بان الاقرار بالعقد ليس باقرار بجودة الثمن وكونه حالا ولزوم العقد حقيقة لكنه
جعل معترا به في الحكم نظرا الى الظاهر لا مطلقا بل ما لم يثبت خلافه بالبينة اذ لا عبرة بالظاهر
مع التيقن بخلافه ولا منافاة بين جعله معترا بجودة الثمن او اللزوم الى ان يثبت خلافه بالبينة
وبين اثبات خلافه بها وهذا لان العقد يحتمل ان لا يكون لازما بان يكون فيه خيار والثمن
يحتمل ان يكون زيفا وان كان على خلاف الظاهر والبينات وضعت لاثبات ما هو محتمل

غير ظاهر فلا بل ولن يقبل البينة على الجياد والرزافة والاجل ووقت جعل مقرا بالرديء والجودة الى ان يثبت خلافه بالحجة وبالجملة ان ابا حنيفة رضي الله عنه لا يجعل مقرا في مثل هذه المسائل مطلقا حتى يكون في دعواه بعد ذلك متناقضا بل موقتا الى غاية اقامة البينة على خلاف الظاهر **قوله** والتوقف ليست من الاثبات والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا **فان قلت** انها لم تكن ثمنا حقيقة ولا شك انها ثمن مجازا وصرف الكلام عن الحقيقة الى المجاز ليس برجوع **أجيب** بانه سماه رجوعا من حيث ان له حكم الرجوع في عدم قبول قوله بلا حجة وذلك انه وان كان بيان تغيير ولكن بيان التغيير اذا كان له يكذب لا يقبل منه الا بحجة وكان كالرجوع بهذا الوجه وهذا لانه لو كان رجوعا من كل وجه لم يقبل عليه البينة وانها مقبولة فعلم انه في حكم الرجوع في عدم قبول قوله **قوله** وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولا يقال ان الاستهلاك قد يباح كما اذا اصابته مخمصة فاستهلك مال الغير لان ذلك نادر واحكام الشرع تبتنى على الاعم الاغلب ولكن يشكل بان الارث مشروع ايضا فجاز ان يكون الدراهم التي يقربها في الذمة موروثا بان كانت دينا لمورث المقر له فمات وتركها ميراثا له فلا يتعين العقود وجوابه ظاهر لان الاقرار الوارث اقرار للمورث في الحقيقة والاقرار للمورث متصرف الى العقود لا الى الاستهلاك المحرم **قوله** فيكون بيان النوع لبيان نوع المغصوب والوديعة لا بيان ما هو عارض فيها فان الرزافة وان كان عارضا وعيبا بالنظر الى ذات الدراهم فهو نوع من حيث ان المغصوب او الوديعة يحتمل الجودة والرزافة على السواء من غير ان يكون احدهما اصلا والاخر عارضا **قوله** ولا كذلك مسئلة الوديعة فانه قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه كاللقطة امانة ووديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليها صاحبها وكذلك الثوب اذا هبت به الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبها فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد من قبله كذا في الشرح وقد ذكر الشارح في كتاب الوديعة عند قوله الوديعة امانة نقلا عن الامام بدر الدين الكردري ان الوديعة خاصة والامانة عامة فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصده بان هبت الريح فالقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرا عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرا عن الضمان بعد الخلاف فهذا تصريح بان الوديعة لا تكون الا بالقصد فيشكل مسئلة الوديعة **قوله** لان الديون تقضى بامثالها سوى هنا بين القرض وسائر الديون وجعله كما يقضى به القرض مثلا وقد نص في باب

السلم لان المردود في باب القرض حكم عين الماخوذ مطلقا وان قبض القرض ليس بمبادلة بل هو اخذ عين حقه لانه عارية كانه اعاد الدراهم ثم اخذ عينها حيث قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء ولو امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر ربه بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظها فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان هذا كلامه وفي الكافي في اخر متفرقات الاقرار مكاتب اقر لسيده بالف ولاجنبي بالف قرض وفي يده الف فقضى للاول من دين سيده فالالف كله للاجنبي لانه مات عاجزا فسقط دين المولى ولو اقرضه اجنبي الفا ومرض فاقرضها سيده الفا فقضى سيده الف القرض ومات سلم لسيده لان الاقراض اعارة حكما فكان كاسترداد العارية هذا كلامه فقد جعل في جانب المستقرض رد القرض كرد العارية واخذه كاخذها وجعله هنا اخذ القرض اخذ مثل الحق لا عينه كاخذ سائر الديون فجعل اخذ القرض من المستقرض كاخذ العارية في بعض المسائل واخذ مثل الحق في البعض مما لا وجه يعرف له وجه

باب اقرار المريض

قوله وهو لا قرار جعل الاقرار سببا ثانيا والا فالاقرار ليس بسبب للزوم المال حتى لو ادعى المال بسبب الاقرار بان قال لي عليك الف لانك اقررت به لم يصح **قوله** بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية **فان قلت** قضاء الدين ايضا من الحوائج الاصلية صرح بذلك في الكتاب من بعد فينبغي ان يصح اقراره بالدين في المرض مع وجود دين الصحة لاحتياجه الى قضاء الدين كاحتياجه الى النكاح **قلت** الاحتياج الى قضاء الدين انما هو لدفع الحائل بينه وبين الجنة قال عليه السلام الدين حائل بينه وبين الجنة وهذا الحائل لا يرتفع بصحة الاقرار بالدين لانه لو صح اقراره في المرض لقاسم غرماء المرض غرماء الصحة فيبقى ذمته مشغولة ببعض دين الصحة وبعض دين المرض فلا يرتفع الحيلولة بينه وبين الجنة فلا يندفع حاجته به فلا يبطل تعلق دين الصحة بتركته باعتبار اقراره في المرض بخلاف النكاح فان حاجته تقضى به فيصح بمهر المثل **قوله** لانه من الحوائج الاصلية لان بقاء النفس من

الحوائج الاصلية وليس له طريق الى ذلك الا بالتناسل وطريقه النكاح والمرء غير ممنوع عن
صرف ماله الى الحوائج الاصلية ولئن كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية
لكن فيه الشرع وقد يتنبه بان النكاح لو كان من الحوائج الاصلية كالاغذية لكان ينبغي ان تكون
المنكوحة اسوة للغرما كالطبيب وبايع الغذا وهي اسوة لهم وجوابه ظاهر وذلك ان حاجة
بقاء النسل وان كانت اصلية فهي دون حاجة الطعام والادوية الا يرى ان للاب ان يتملك
مال ابنه لحاجة الاكل او الشرب او السكنى بلا قيمة والحاجة الاستيلاد يتملكه بالقيمة فمن حيث
انها اصلية قلنا يصح نكاحه بمهر المثل والاقرار به ومن حيث انها دون حاجة الطعام قلنا
يكون اسوة للغرما عملا بالاعتبارين جميعا قوله وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرما
تعلق بالمالية لا بالصورة وقد يشكل بان المبايعة بمثل القيمة لما صحت باعتبار ان حق الغرما تعلق
بالمالية لا بالصورة لزم ان يصح للورثة القايمة مقامه ان يتخلص لنفسه العين باداء قيمتها الى
الغرماء والرواية منصوصة في الفصول الاستروشنية ان الوارث استخلاص العين لنفسه باداء كل
الدين لا بقدر قيمتها قياسا على ما اذا جنى العبد خطأ فانه يخير بين الدفع والفداء ولكن لو
فدى يجب ان يفدي بارش المقتول لا بقدر قيمة العبد فكذا هنا اللهم الا ان يمنع هذه الرواية
على قول المصنف والقياس على العبد الجاني غير مستقيم لان الواجب في قتل الخطأ هو الارش
على العاقلة وعاقلة العبد مولاه فينبغي ان يجب الارش عليه غير ان له ان يدفع العبد للتخفيف
في الجبر على اداء الارش استيصالا وهنا لا حق للغريم الا في مالية التركة وقد اوفاها الوارث
اليه اذا ادى قيمتها ثم لقائل ان يقول لما تعلق حق الغرماء بالتركة وجب ان يكون لهم الخيار
بين ان يجعلوا فياخذون حقهم نقدا معجلا او يستسعون العبد ويستغلون الدار فياخذون
كل حقهم موجلا كالعبد الماذون اذا فضل الدين على ماليته فان للغرماء ان يبيعوه فياخذوا
حقوقهم نقدا معجلا او يستسعوه وياخذوها تامة موجلة وفي كل فايدة فلم يكن للمريض او للوارث
ان يبطل حق الاستسعا او الاستغلال للغرماء ببيعه بغير رضاهم كما في العبد المديون الماذون
اذا فضل الدين وهذا يويد ما ذكر في الفصول فتامل قوله وحالتا المرض حالة واحدة فالاقرار
في حالتي المرض كانهما في حالة واحدة كانهما خرجا معا فلا يظهر فيه التقدم والتاخر كذلك
بالوا قر في الصحة او المرض بعين في يده لفلان ثم اقر بها لاخر يومر بالدفع الى الاول ويضمن
للثاني قيمته ان دفع الى الاول بغير قضاء اشار اليه في الكافي في متفرقات الاقرار حيث قال
كيس في يد رجل فيه الف درهم اقررت بالنصف لفلان ودفع اليه بقضاء ثم اقر ان النصف لخيره
فالبا في بينهما وقال زفر يدفع اليه كل ما في يده لانه يضمن عنده لان القاضي انما سلم باقراره

ناضيف اليه ولنا انه لا يجوز ان يضمن باقراره لان الاقرار بمال الغير لا يوجب الضمان
ولا بالدفع لانه فعل القاضي فصار كالتاوي وان دفع ماله بغير قضاء فالباقي للثاني لانه
دفعه باختياره فكانه اتلفه ولو كان مكانه اقراره بالوديعة فعند ابي يوسف رحمه الله كذلك وعند محمد
رحمه الله يضمن بكل حال لانه مامور بالحفظ والاقرار ضده هذا كلامه فلو كان الاقرار له في حالتي
الصحة او المرض كما في حالة واحدة لزم في المسألة المذكورة ان يومر بالدفع اليهما نصفين ولا
يكون ضامنا مطلقا سواء دفع الى الاول بقضاء او لا قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية
فان قلت لو كان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لصح اقراره للوارث ايضا قضاء لحاجة
الاصلية قلت نعم ولكنا لم نجوزه بقوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قوله ولانه
تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا فان قلت قد يبق
ان حق الورثة لا يتعلق بالتركة الا بعد الفراغ عن حاجته الاصلية وباقراره الصحيح ظهر ان
تركته غير فارغة عن حاجته الاصلية فلا يكون فيه ابطال حق الورثة لظهور ان حقهم لم يتعلق
بها فينبغي ان يصح اقراره للوارث كما صح للاجنبي قلت لا شك ان حق الورثة قد تعلق
بماله ظاهرا واقراره للوارث لا يصلح دليلا على كون التركة مشغولة بحاجة الدين لمكان
التهمة في هذا الاقرار من حيث ان الوارث جزء منه ونفعه يعود اليه وجاز ان يوثر بعض
الورثة لفرط محبته اياه بخلاف الاجانب اذ لا تهمة في الاقرار لان المرء لا يوثر الاجنبي
على جزئه عادة فيصلح دليلا على كون التركة مشغولة بحاجته الاصلية فلا يظهر حق للورثة
مع قوله ذلك لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقد يشكل بان
هذا الوجه يقتضي ان يصح اقراره مع دين الصحة ايضا لان الانسان قلما يخلو عن دين
الصحة فلو علم الناس ان اقراره مع دين الصحة غير جائز لامتنعوا عن المعاملة معه وجوابه
ان دين الصحة انما يمنع صحة الاقرار اذا كان مستغرقا للتركة واستغراقه اياه نادر فلا يمتنع
الناس عن المعاملة معه قوله فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف ما لو
وهب لها هبة او اوصى لها بوصية ثم تزوجها فانه يبطل لان ذا تمليك بعد الموت وهي وارثة
حينئذ كذا في الكافي قلت هذا في الوصية مستقيم اما في الهبة فمشكل لما سياتيك في الوصايا
ان هبة المريض منجزة غير مضاف الى ما بعد الموت الا انها في حكم الوصية في حق
الاعتبار من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب وجوابه ان الهبة وان كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصايا لانها تبرع يتقرر
حكمه عند الموت الا يرى ان من وهب عبدا في مرض موته لاجنبي وهو كل ماله وسلمه

وكان ملكا للموهوب له ثم اذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقا للورثة وربة
الكل حقا للغرماء وضارب كالمعلق بالموت نقول لانه اذا تملك بعد الموت معناه تملك بعد
اما حقيقة كما في الوصية او حكما كما في الهبة والله اعلم قوله فلعلها اقدم على هذا ليصح اقرار
لها بزيادة على ميراثها فان قلت كيف يصح الاقرار لها بالزيادة بعد الطلاق والمرأة
المريض ترث في العدة ولو طلقها ثلاثا وقد فرضت المسألة في العدة حيث قال وهما متهمان
لقيام العدة فالحال بعد الطلاق وقبلها سواء من حيث ان الاقرار لها لا يصح قبل الطلاق
لا يصح بعده ايضا لانها وارثة في الحالين قلت مطلقة المريض انما ترث في العدة اذا طلقها
بغير رضاها اما اذا طلقها برضاها وسؤالها الطلاق فلا ترث بالاتفاق والمراد بقوله ومن
طلق زوجته في مرض موته الطلاق بسؤالها اما اذا طلقها بغير سؤالها فلها الميراث للاقل
قليلا او كثيرا فلعله اقدم على الطلاق بسؤالها ليصح اقراره لها بالزيادة على ميراثها فيكون
متهما في هذا الاقرار فيكون لها الاقل لعدم التهمة في اقل الامرين قوله وشرط ان يكون
له نسب معروف لانه يمتنع ثبوته من غيره وذكر الامام فخر الاسلام انه لو قال لعبده ومثله
يولد لمثله وهو معروف النسب من غيره هذا ابني انه يعتق عملا بحقيقته لا بمجازه لان ذلك
ممكن فالنسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فيكون المقر مصدقا في حق نفسه حتى ان الام تصير
ام ولده اذا كانت في ملكه والحجة للولد لا يثبت من غير ثبوت نسب الولد من المولى وقد ذكرنا
وجه التوفيق وحل الاشكال في اول كتاب العتاق من هذا الكتاب فان رغبت فعليك به قوله
وليس فيه تحميل النسب على الغير فان قلت بل فيه اقرار بالام وذلك لانه لا بد من تصديقها
وفي تصديقها تحميل النسب على الزوج اجيب بان المسألة محمولة على ما اذا لم تكن للام ذات
زوج او المراد ثبوت الابوة باقرار الشخص فيما بينهما حتى يستحق ميراثها اذا لم يكن لها
وارث كمعروف قوله وكذا تصديق الزوجة لان العدة حكم النكاح اذ العدة من آثار النكاح
وهي باقية فجاز التصديق لبقاء النكاح فيكون لها المهر والميراث كذا في وفيه نظر لان
العدة معدومة حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وتلك
الحالة ليس بحالة العدة فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار عدة ستحدث كما لا يصح اعتبار الارث
عند ابي حنيفة رحمه الله بعلة ان الارث معدوم حالة الاقرار فلا يصح التصديق على اعتباره فالاولى
ان يراد بحكم النكاح عدم جواز التزوج بزوج آخر مثلا لا العدة كالارث ولا يصح التصديق عند
ابي حنيفة بحكم الارث فكذا بحكم العدة ايضا اللهم الا ان يحمل ما في الشرح على اعتبار ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لان التصديق عندهما باعتبار الارث صحيح فكذا على اعتبار العدة والله اعلم بالصواب

قوله لان النكاح انقطع بالموت فان قلت بل النكاح ينتهي بالموت حتى يتأكد به المهر
والمنتهي في حكم الباقي على ما عرف في غير موضع اجيب بان النكاح وان كان ينتهي بالموت
فلا شك ان الموت ينافي ابتداء النكاح حتى لا يتصور النكاح بعد الموت فلا يمكن ان يحكم
بثبوته عند التصديق مستندا الى اول الاقرار اذ الشيء يثبت ثم يستند وبالجملة ان اعتبار
التصديق يحتاج الى تصور ابتداء النكاح وبالموت لا يبقى محلا له فلا يمكن اعتباره والله اعلم

كتاب الصلح

قوله لاطلاق قوله تعالى والصلح خير فان قلت
لا يصح التمسك بالاية في تعميم الصلح لان الاية سيقت في الصلح بين الزوجين ثم ذكر الصلح
معرفا باللام العهد بعد ما ذكر منكرا وفي مثله يكون المذكور ثانيا عين الاول قلت قوله والصلح
خير كلام مستقل بذاته فلا يرتبط بسببه ولان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل لما ذكر فيه
من الصلح المشروع قبله لقوله صالحا لان الصلح خير والعلة لا يتقيد بمحل الحكم اما دعوى اللام للعهد
فغير مسلم في جميع الصور بل قد يقع التخلف في مواضع منها قوله تعالى وانزلنا اليك الكتاب
مصدقا لما بين يديه من الكتاب والكتاب الثاني غير الاول فلما تغاير بين المعرفتين فاولى
ان يتغاير فيما نحن فيه كذا في الشرح قوله بعد دعوى صحيحة كانه اراد بصحتها ان لا
يكون باطلة في مخرجها كدعوى ثمن الخمر والخنزير او دعوى قيمته الا ان يكون بحيث يجب
على المدعى عليه جواب فان الصلح عن الدعوى صحيح لقطع الشغب وان كان يحتاج الى
التصحيح لاستحقاق الجواب قوله ويجوز لان يختلف حكم العقد في حقهما كمن اشترى عبدا
اقر بحريته فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وهو فداء في حق المشتري
حتى يعتق العبد كذا في الشرح هذا يشير الى ان العبد الذي اقر المشتري بحريته لا يدخل
في ملك المشتري وقد ذكر الشارح في باب العبد يعتق بعضه عند قوله ولو حلفا على عبدين
كل واحد منهما لاحدهما ما يشير الى انه يدخل في ملك المشتري ثم يعتق باقراره حيث قال لان في
مسألة العبدين اذا اشتراهما رجل جاز وان كان عالما بحنث احد البائعين لان كل واحد
يزعم انه يبيع العبد وزعم المشتري قبل دخول العبد في ملكه غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد
ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح الشراء واجتمعا في ملكه عتق احدهما لان زعمه معتبر الان
لحصولهما في ملكه وتوجد بالبيان وكذا لو اقر باعتاق البائع ثم ملكه عتق عليه باقراره الى هنا لفظه
والله اعلم قوله فيبقى العوض على يده غير مشتمل على غرض لان غرض المدعى عليه لان غرضه
بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها وقد ظهر خصم آخر غير المدعي وهو
المستحق كذا في الشرح قلت بل الغرض من الصلح هو دفع خصومة المدعي فاما ان لا يخاصم خصم فيها

فليس ذلك من غرض المصالحة مع المدعي اصلا وذلك ظاهر فلا وجه لان يقال الغرض من الصلح
هو دفع خصومة المدعي وهذا الغرض لا يبقى عند الاستحقاق لان دفع الخصومة بعد ثبوت توجهها
وبالاستحقاق لا يبقى متوجهة اليه فلا يسلم دفعها له والغرض هو الدفع فيسترد ما دفعه اليه
لفوات غرضه **قوله** لان المبدل هو الدعوى وقد يقال ان الدعوى ليس بمال ولا يؤول
الى المال وما هذا شانه لا يصح الاعتياض عنه الا يرى ان الاعتياض عن حق الشفعة باطل لعلة
التابيد هناك بانه ليس بمال ولا يؤول الى المال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز فهذا منه اشارة
الى ان الاعتياض لا يصح الا عن المال او عما يؤول مالا وايضا الاعتياض عن الدعوى لو كان
صحيحا لصح عن دعوى حق الشفعة لانه دعوى صحيحة كدعوى المال ثم قد اشير في المبسوط في
مسئلة الصلح عن الكفالة بالنفس الى ان الصلح لا يصح الا عما يملكه المدعا عليه بالصلح حيث قال
وهذا الصلح باطل لانه باسقاط حق الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا
ولا يخفى ان الدعوى لا يصير حقا للمدعا عليه ولا يسلم له فلا يصح الاعتياض عنه فكيف يكون بدلا
وايضا الدعوى لو جعل مبدلا فلا يخلو اما ان تجعل في حق المدعي او المدعا عليه لا سبيل الى
الاول لان المدعي ياخذ بدلا عما يدعيه من الحق لا بمقابلة دعواه حتى يجري الشفعة لو كان
بدل الصلح عقارا لانه معاوضة مال بمال ولو كان بدل الدعوى لما جرى الشفعة لما انه لا يجري
الا في البيع او ما في معناه ولا الى الثاني لان الصلح في حق المنكر شرع لدفع الخصومة وليس
بمعاوضة فظهر ان قوله المبدل هو الدعوى معدول به عن ظاهره كانه سماه مبدلا تسامحا **قوله**
وهذا بخلاف ما اذا باع عينا على الانكار الى اخره وفيه اشكال لما ذكر في الكافي في فصل الاستحقاق
حيث قال فلو اشتراه او ساومه فاستحقه ابوه وقد قبضه او لم يقبضه ورجع المشتري بالثمن على
بايعه ثم مات الاب فورثه لم يعد البيع لانتقاض البيع بينهما برجوعه بالثمن وسلم له الثوب
بحكم الارث والثوب يدفعه الى البائع وان صار مقرا بالاقدام على الشراء على انه ملك البائع
ومن اقر بعين لانسان ثم ملكه يؤمر بدفعه الى المقر له لان الاقرار لم يوجد صريحا وانما
يثبت في ضمن الشراء فيبطل ببطلان الشراء الا اذا اقر صريحا عند الشراء او عند المساومة
انه ملك البائع ثم وصل اليه الثوب من ابيه بالارث فيؤمر بتسليمه الى البائع هذا كلامه
ووجه الاشكال ان الاقرار الذي هو في ضمن البيع اذا كان يبطل ببطلان البيع وجب ان
لا يرجع في هذه المسئلة بالمدعى لان رجوعه انما يكون بعد بطلان البيع اما بمجرد الاستحقاق
كما جاء في بعض الروايات او بفسخ المستحق او بقضاء القاضي كما هو ظاهر الرواية فاذا بطل
البيع قبل الرجوع بطل الاقرار الذي في ضمنه فوجب ان لا يرجع بالمدعى بل بالدعوى ولكن

سنة فان فاراد الوارث ان يشتري من الموصى له وصيته في العبد قال لا يجوز لان حق الموصا
له لا مالية له بدليل انه يبطل بموته فانه اذا مات لا يورث حق وصيته والبيع يرد على ماله مالية
والجهلة فيه ان يصالح الوارث الموصا له من وصيته على دراهم مسماة يدفعها اليه فيجوز ويبطل
حق صاحب الخدمة ويصير العبد للوارث يصنع به ما بدا له من بيع او غيره وينبغي ان لا يجوز
هذا الصلح لانه وقع على خلاف جنس حقه فيعتبر معاوضة وتمليكا وتعذر اعتبار هذا
الصلح تمليكا لان الموصا له ملك خدمة العبد بغير عوض ومن ملك منفعة الشيء بغير عوض
لا يملك التمليك من غيره بعوض كالمستعير والجواب ان الصلح حقيقة تعذر اعتباره تمليكا فانه
يعتبر اسقاطا من كل وجه فيعتبر هذا الصلح اسقاطا لحقه واسقاط الحق عن منافع يستحقها لانسان
جائز كما في الشرب والطريق فصار الموصا له قال اسقطت حقي في الخدمة بكذا فيسقط حقه فيها
يدل عليه انه لو اوصى بسكنى داره سنة او ابدا ثم ان احد الورثة صالح الموصا له عن حقه على
سكنى دار اخر شهرا يجوز ولو كان تمليك السكنى بالسكنى لا يجوز ومع هذا صح الصلح ومن هذا قلنا
ان احد الورثة اذا صالح الموصا له عن حقه بمال ان ذلك الحق لا يسلم لهذا الوارث المصالح خاصة
بل يكون بين الورثة على فرايض الله تعالى لان الموصا له بالصلح ترك حقه فعاد حكم الارث وكذلك
لو اوصى بالجنين فان اشترى ابن الميت ذلك الجنين لا يجوز وان صالحه يجوز وطريق الجواز
ان الموصا له ترك حقه في الجنين بالصلح وملك الورثة الجنين لملكهم الظرف ومع الاشتراك هذا كلامه
وقول المصنف هو لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح يشير الى ان الوارث اذا صالح مع الموصى
له بخدمة عبد او بسكنى دار على دراهم مسماة يملك المنافع الموصى بها وانه يشكل بما ذكره لانه
لو كان تمليكا للمنافع لم يصح الصلح بجنسها من المنافع لامتناع تمليك المنافع بجنسها ولكان
الوارث المصالح احق بها من غيره وليس كذلك ثم هذا اذا ادعى المنتفع بالوصية اما اذا ادعى
بالاستيجار فالصلح عليها باطل لان الصلح في معنى الاجارة والاجارة من المالك فسخ للاجارة الاولى
فيكون هذا الصلح فسخا للاجارة فلا يصح لهذا العوض له **قوله** ما صح فيه في النكاح
صح هنا الا على العكس فان عفو القصاص يصح بدلا عن القصاص ولا يصح فيه في النكاح ذكر
في المبسوط ولو صالحه على ان عفي عن هذا الدم على ان عفي الاخر عن القصاص له قبل رجل
اخر كان جائزا وعفو القصاص لا يصح فيه **فان قلت** ما وجه الفرق **قلت** ففي القصاص
ان كل واحد منهما اسقط حقه من القود وكل منهما متقوم صالح للاعتياض عن حق صالح المال
عوضا عن القصاص فيجوز ان يجعل احدهما عوضا عن الاخر لكونه متقوما بخلاف النكاح حيث لا يصلح
القصاص لان يكون صداقا لان الشرط في الصداق ان يكون مالا قال الله تعالى ان يبتغوا باموالكم

قصاص

والقصاص ليس بمال وفي الضمان يكون ما استحق بالصلح متقوما وذلك موجود في القصاص على ما قررناه
كذا في الشرح وذكر المصنف رحمه الله في كتاب الشفعة في مسألة ولا شفعة في دار تزوج الرجل عليها ان الدم
غير متقوم وعلل بان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية ولا يخفى
فيه من النظر وبهذا صرح الشارح وفي اول الجنايات حيث قال واما القصاص فليس بمال فضلا
عن التقوم فلا يجب الضمان على الجارح وهكذا ذكر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق حيث
قال اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص
بديتهم لان القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئا متقوما والله اعلم بالصواب ثم قد صرح في
الكافي في مسائل الشرب بان ما لا يملك بشيء من العقود فالصلح عليه باطل حتى لا يصح الصلح على
الشرب لانه لا يملك بشيء من العقود والى هذا اشار المصنف رحمه الله هناك وسيجيء ولا يخفى ان عفو القصاص
ما لا يملك بشيء من العقود كالشرب فينبغي ان لا يصح الصلح عليه كما لا يصح على الشرب ثم لا شك ان
قوله حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا خرج تأييدا لكون الصلح عن القود ملحقا بالنكاح ولا يخفى ان
الحاقه به انما يتحقق اذا تحقق العكس ايضا ولا نفي صلح الشيء عوضا عن القود ولا يصلح مهرا لم يكن
الصلح ملحقا بالنكاح بل بعقد آخر اذ لا معنى لالحاق الصلح بعقد سوى اجراء جميع احكامه فيه فاذا
خالف في بعض الاحكام لم يتحقق الالحاق قوله لانه عند فساد التسمية بان كانت مجهولة جهالة
فاحشة بان صالح على ثوب غير معين قوله يصار الى الدية لانه موجب الدم ذكر في البزدوي في بحث
او قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في المهر اذا دخله اولا التخيير ان كان مفيدا اوجب التخيير
واذا لم يفد مثل الف او الفين لزم الاقل لان النكاح لما لم يفتقر الى التسمية اعتبرت التسمية
بالاقوام بالمال منفردا وبالوصايا وبدل الخلع والعتق والصلح عن دم العمد وقال ابو حنيفة رحمه الله يصار
الى مهر المثل لان الثابت بطريق التخيير غير معلوم الا بشرط الاختيار فلا يقطع الموجب المتعين
بخلاف الخلع والعتق والصلح عن القود لانه لا يعارضه موجب متعين لانه جائز بغير عوض فاما النكاح
فلا ينعقد الا بمهر المثل الى هنا كلامه وبهذا يشكل قوله يصار الى الدية لانه موجب الدم ويشكل الفرق
بين ما اذا صالح عن القود على ثوب وبين ما اذا صالح على الف او الفين قوله اما القصاص
فلك المحل في حق الفعل فصح الاعتياض عنه ظاهر هذا يخالف ما ذكره المصنف في كتاب الجنايات
حيث قال والقصاص ملك الفعل فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه الى عن الملك
فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل الى هنا فلينظر وجه المخالفة ظاهره
وسيأتي تحقيقه في الجنايات ان شاء الله تعالى قوله واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة باتفاق الروايات لانها
تبطل بالاعراض والسكوت وقد يقال انها انما تبطل بالاعراض والسكوت قبل تأكد حقه بالطلبين

طلب المواثبة والاشهاد اما بعد ما تأكد بهما فلا تبطل بالسكوت والاعراض فينبغي ان لا يبطل بالسكوت
حقه في الشفعة كما لو اصطلحا على ان يأخذ بيتا منها بعينه بما يخصه من الثمن وسلم الشفعة في البقية
بطل الصلح لجهالة الثمن فان الحصة لا تعرف الا بالظن ثم ان كان الصلح قبل تأكد حقه
بالطلبين بطل حقه في الشفعة وان كان بعده كان على شفعته في جميع الدار لانه انما سلم
الشفعة في الباقي بعد تأكد حقه بشرط ان يسلم له البيت فاذا لم يسلم لم يصح التسليم فالحكم
ببطلان حقه في الشفعة فيما اذا لم صالح عنه باطلا مطلقا مشكل وجوابه ان الصلح عن حق الشفعة
على مال صلح باطل لانه مال لا يصح الاعتياض عنه فكان بمنزلة العدم والمعدوم لا يصلح متضمنا لشيء
فصار كانه سلم الشفعة من غير صلح اما الصلح عن بيت بعينه بما يخصه من الثمن ففاسد لا باطل فيكون
تسليما في ضمن عقد الصلح فيكون مشروطا بسلامة العوض له فمتى لم يسلم لم يسقط حقه اما الباطل فلما
كان كالمعدوم جعل كان التسليم وجد من غير اشتراط سلامة العوض له فتعليل المصنف رحمه الله بقوله لانه
يبطل بالاعراض والسكوت اما تعليل جزئي او المراد به التسليم على عموم المجاز فلان موجبها
المال فيصير بمنزلة البيع كانه اراد ان المال صار موجبا له من حيث ان القصاص لا يجب فيه
بحال ولا فعل صرح في المعاقل ان الواجب الاصلي في الخطاء هو المثل والتحول الى القيمة
بالقضاء وسيأتيك تحقيقه ان شاء الله تعالى قوله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمتهما لا
يتغابن الناس فيه منشأ الاختلاف راجع الى ان المال الذي وقع عليه الصلح بمقابلة العين
المستهلكة او مثلها عند ابي حنيفة رضه وبمقابلة قيمة المغصوب عندهما ويرد على ابي حنيفة رحمه الله
ان الصلح على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن
العبد المغصوب لجاز لان الطعام في الذمة بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون مبيعا
وجوابه ان العبد المستهلك او الثوب المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في
حكم الدين والدين بالدين حرام هذا لو جعل بدل الصلح بمقابلة عين المغصوب اما لو جعل بمقابلة
مثله كما هو الطريق الثاني لابي حنيفة رضه فالامر اظهر لان مثل المغصوب دين حقيقة والدين
بالدين حرام والى هذا اشير في الشرح ويرد عليه ايضا ان الصلح في باب الاموال حكم البيع وبيع
عين المغصوب من الغاصب بعد الاستهلاك لا يجوز فكذا الصلح وجوابه ان البيع انما لا يجوز من
الغاصب ابتداء لانه بعد الهلاك ليس بمال اما الصلح فيمكن تصحيحه بطريق اسقاط الملك وما يأخذ
من العوض يكون بازاء اسقاط الملك ومعنى الاسقاط لا يستدعي المالية والتقوم والى هذا اشير في الشرح
ايضا وفيه نظر لان الصلح عن العبد المستهلك لو كان اسقاطا للملك لا معاوضة لكان ينبغي
ان يصح الصلح منه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لانه انما لا يصح باعتبار لزوم الدين بالدين فاذا

لم يكن في هذا الصلح معنى المعاوضة لم يلزم ذلك فيجب ان يصح والمسئلة بخلافه كما ذكرنا وايضا لما لا يبقى المالية بعد الموت لا يبقى الملك ايضا لما عرف ان الموت منهي للملك ولا يمكن اسقاط الملك حيث لا ملك ولئن قيل ان الموت منهي للملك والمنتهي في حكم الباقي قلنا فالمالية ايضا منتهي بالموت فيكون في حكم الباقية الا ان يقال مبنى البيع على المضايقة فلا يكتفي له بالمالية الباقية بعد الموت حكما اما الصلح فبناؤه على المسامحة والغرض منه قطع الخصومة فجاز ان يكتفي فيه بالملك الباقي حكما ويرد على ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الصلح على طعام موصوف في الذمة حالا لا يجوز اذا قبض في المجلس ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لان الطعام اذا قوبل بالدراهم يكون مبيعا وبيع ما ليس عنده لانسان لا يجوز الا بطريق السلم وجوابه ان القيمة ان كانت ثمنا في نفسها فلها حكم المبيع في باب الصلح حتى يتعين فيه ويبطل الصلح بتصادقهما على عدم وجوبها كما يبطل البيع بهلاك المبيع فلما كانت مبيعا من وجه كان الطعام الموصوف في الذمة ثمنا من وجه فيصح الصلح اذا قبضا في المجلس وشرط القبض لئلا يكون افتراقا عن دين بدين ثم قال اشير في الذخيرة الى انه اذا صالح عن الف درهم على طعام موصوف حالا وقبض في المجلس جاز حيث قال اذا صالح من الف درهم على طعام موصوف في الذمة مؤجلا وغير مؤجل وتفرقا قبل القبض فهو باطل لان هذا افتراق عن دين بدين فهذا يحكم التفصيل بقوله وتفرقا قبل القبض والتعليل بقوله لان هذا افتراق عن دين بدين يشير الى ما ذكرنا كما لا يخفى ذلك على النظر فهذا يدل على ان جواز الصلح عن العبد المستهلك على طعام موصوف مقبوض ليس يتوقف على انه بمقابلة العين دون القيمة لانه حان بجواز الصلح عليه من الدراهم ايضا فلا جرم يكون جواز الصلح عليه مبنيا على وجه اخر وقد ذكرنا وجهه فتامل **قوله** وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء وقد يشكل بانه لو كان الواجب في غصب الثوب ونحوه من غير المثليات هو المثل صورة ومعنى وكان الانتقال الى القيمة بالقضاء لكان ينبغي ان يجب فيها قيمة يوم القضاء دون الغصب كما في غصب المثليات فانقطع المثل اذ الواجب هناك لما كان هو المثل وكان الانتقال الى القيمة بالقضاء اعتبر فيه قيمة يوم القضاء دون الغصب فلو كان الواجب في غير المثلي هو المثل وكان الانتقال الى القيمة بالقضاء لزم ان يعتبر فيه ايضا قيمة يوم القضاء والمسئلة بخلافه وايضا القيمة لو كانت لا تجب قبل القضاء فلا اقل من جهة الوجوب نظرا الى السبب حتى صح الرهن والكفالة بها قبل القضاء بل قبل الهلاك فيلزم في الصلح بالاكثر من القيمة شبهة الربوا وهي حرام كحقيقته وايضا الواجب في قتل الخطاء ايضا هو المثل ولا انتقال الى الدية بالقضاء على ما ينبئك التصريح به في المعاقل فيلزم ان يصح الصلح فيه على الاكثر من قدر الدية

ايضا

ايضا ويجاب عن الاول ان الواجب في غير المثلي لئن كان هو المثل كما في المثلي ولكن بينهما فرق من حيث ان المثل في غير المثلي انما يجب لبقاء اثره في الخلف لا لذاته فاذا وجبت القيمة التي هي خلف عن المثل بقضاء القاضي يعتبر وجوبها من حيث انعقاد السبب وهو الغصب لانها المقصودة بالوجوب دون المثل نفسه وفي المثلي يجب المثل مقصودا لذاته فاذا انقطع المثل وانتقل الواجب الى القيمة بالقضاء يعتبر قيمته يوم القضاء مقتصرا لانها لم تكن مقصودة بالسبب حتى يستند عند وجودها الى السبب فكان الغصب في المثلي لا ينعقد سببا للقيمة لا عند القضاء بها فلا يستند وجوبها الى اول الغصب وفي غير المثلي كان ينعقد سببا لها كما وجد لانها المقصودة منه فيستند وجوبها عند القضاء الى اول الغصب فليتامل وعن الثاني بان الواجب لو كان هو القيمة كما قالا لكان في الصلح على الاكثر من قدر القيمة شبهة الربوا اذ القيمة تعرف بالحزر والظن فلا قطع بزيادة بدل الصلح عليها فيكون فيه شبهة الربوا فاذا لم تكن القيمة واجبة حقيقة الا يلزم باعتبار شبهة وجوبها الا شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها وعن الثالث بان الدية في الخطا منصوص عليها وتقديرها بالشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه كما لا يجوز على تقدير القضاء فصار كما لو كان العبد بين رجلين فاعتقه احدهما وهو موسر فصالح الاخر على الاكثر من نصف قيمته ويجيء من قريب **قوله** فقبل اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا **وفيه بحث** لما عرف انه لو غصب انا فضة فاستهلكه فاصطلحا على القيمة ثم تفرقا قبل القبض فالصلح ماض لانه ليس بصرف لان الواجب بالاستهلاك القيمة والقضاء لتقديره ذلك لان المستهلك يصير مملوكا لكنه ضروري فلا يعتبر صرفا ذكره فلا يضره الافتراق كذا ذكر في الذخيرة فلو كان حق المالك في عين الهالك او مثله وكان التراضي على الاكثر اعتياضا عن الهالك او مثله وجب ان يعتبر في المسئلة المذكورة صارفة لان الصلح حينئذ يكون بمقابلة عين الاناء او مثله وذلك صارفة قطعا وحيث لم يعتبر صارفة علم ان الصلح عن المغصوب المتلف بالدراهم او الدنانير استيفاء لما وجبت عليه من القيمة فلا يجوز اخذ الزيادة عليه **قوله** ان القيمة في العتق منصوص عليها الخ **فان قلت** نعم انها منصوص الا انها غير مقدرة اذ الشرع لم يقدرها بمقدار لا يجوز الزيادة عليها بل هي مفوض الى راي المقومين بخلاف تقدير القاضي فانه يقدر بقدر لا يجوز الزيادة عليه **قلت** الشارع لئن لم يقدرها في العتق فقد نفى اخذ الزيادة على ما قوم المقومين حيث قال قوم عليه نصيب شريكه لا وكس ولا شطط فلا يجوز الصلح بالزيادة لان فيه اخذ الزيادة على قدر ما يقوم المقومون وهو منتف بالنص

باب التبرع بالصلح والتوكيل قوله واما اذا كان الصلح عن مال بمال
فهو بمنزلة البيع سواء كان عن اقرار او انكار اما في الاقرار فظاهر واما في الانكار فبناء
على زعم المدعي كذا في الشاهان وذكر المصنف في كتاب الوكالة ان الصلح على الانكار من الضرب
الثاني وهو ما لا يرجع فيه الحقوق الى الوكيل حيث قال والضرب الثاني من اخوانه العتق
على مال والصلح على الانكار اما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول وهكذا
ذكر الشارح عند قوله وتاويل هذه المسئلة حيث قال وهذا التاويل لا يكفي فان فيه قيدا آخر
وهو انه لو كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وان كان الصلح
في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط ولو ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره
الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار
معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال فعلى هذا ما
ذكر في الشاهان محل تامل ويمكن التوفيق بان ما ذكر في الشاهان فهو محمول على ما اذا كان
وكيلا بالصلح على الانكار من قبل المدعي فانه اعتبر معاوضة في حقه حتى تجري الشفعة اذا
كان المصالح عليه دارا وما ذكر في الكتاب والشرح فمحمول على ما اذا كان الوكيل بالصلح على الانكار
من قبل المدعا عليه لانه في حقه اسقاط للخصومة لا معاوضة حتى لا تجري الشفعة لو كان المصالح
عنه عقارا قوله لان الملك في العقد لا سوا المدعا عليه لان دفع الخصومة حاصل له ولعلنا
نوع منافرة مع ما سبق من قوله لان الحاصل للمدعا عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعا
عليه سواء فصح اصلا فيه وقوله لان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا
لم يضف يبقى عاقدا من جهة المطلوب قلنا بل هو اصيل باعتبار انه مثل المدعا عليه في ان
الحاصل ليس الا البراءة وفيها المدعا عليه والاجنبي سواء الا انه يقال ان الاجنبي والمدعا عليه
في انه لا يسلم لواحد منهما شيء من المال الذي يصلح عوضا عن المال ودونه من حيث ان المدعا عليه يستفيد
بهذا الصلح دفع الخصومة دون الاجنبي فقلنا اذا اضاف الضمان الى نفسه يجعل اصيلا اعتبارا
للجانب المساواة واذا لم يضف الحالم يجعل اصيلا والله اعلم بالصواب قوله ولا يكون لهذا
المصالح شيء من المدعا هذا اذا كان الدعوي في الدين اما اذا كان في العين فان المصالح
يصير مشتريا لها بالصلح من المدعي اما اذا كان المدعا عليه مقرا فظاهر لان شرى العين من المالك
صحيح وان كان في يد غيره واما اذا كان منكرا فكذلك لان هذه بمنزلة بيع المغصوب من غيره والمولى
اذا باع المغصوب والغاصب جاحد فان امكن التسليم باقامة الحجة ولا فللمشتري ان يفسخ
البيع كذا هاهنا قوله ولا فرق في هذا الى ان لا يكون لهذا المصالح شيء من المدعا اذا كان

الدعوي في الدين فاما اذا كان مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر واما اذا كان مقرا
فلما فيه من تمليك الدين من غير عليه باب الصلح في الدين قوله
جعل اداء الخمسماية عوضا الى عن البراءة حيث ذكره الى ذكر الاداء بكلمة على التي معها
ومقرونا بها وانها للمعاوضة فيقتضي ان يكون بين الاداء والبراءة معاوضة بحيث يكون
احدهما عوضا عن الآخر وللاداء لا يصلح عوضا الخ وبهذا يسقط ما يرد ان المذكور بكلمة على هو
البراءة دون الاداء لانها دخلت على البراءة دونه ولكن كلمة على لما كانت للمعاوضة كان
البراءة عوضا للاداء دون العكس ووجه السقوط على ما ذكرنا من المعنى ظاهر فتامل قوله
وهي للمعاوضة فان قلت انها كما جاءت للمعاوضة جاءت للشرط ايضا ولا دعوى انها حقيقة
للمعاوضة مجاز في غيرها غير مسلم بل هي للاستعلاء او اللزوم واستعمالها في غيرها مجاز اجيب
بان مراده والله اعلم انها استعملت للمعاوضة والشرط جميعا على الشرط ان كان يوجب تقييد الابراء
فجعلها للمعاوضة يمنع تقييده فلا يثبت التقييد بالشك قوله ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط
واعترض بان كلمة على دخلت على البراءة دون الاداء فلا يكون اداء الخمسماية في الغد شرطا
للبراءة واجيب بان الاتحاد ثابت بين الاداء والبراءة فصار بحكم الاتحاد دخولها على البراءة
دخولها على الاداء فامكن ان يجعل شرطا وفيه نظر لما يأتيك في الذهن ان الاداء يقرر الدين
والبراءة تسقط فلا اتحاد ولو سلم فلا اتحاد بين اداء خمسماية والبراءة عن الباقي بل بين اداء الباقية
والبراءة عنه فلا يكون دخوله على البراءة من الباقي كدخوله على اداء خمسماية فالاوضح ان يقال
ان شرط كلمة على يخالف سائر الشروط فانك اذا قلت ازورك على ان تزورني كنت معلقا زيارة
مخاطبك على زيارتك واذا قلت ازورك ان تزورني كنت معلقا زيارتك على زيارة مخاطبك على
هذا اجماع اهل اللغة كذا ذكره بعض المحققين من ائمة الاصول فعلى هذا التحقيق يكون اداء خمسماية
شرطا للبراءة دون العكس فلا يرد قوله وانه يصلح غرضا الى مقصود الابراء خمسماية فيصح التقييد
به وكونه متحتما عليه لا ينافي ان يكون الاداء في الغد غرضا صحيحا للابراء عن الفضل اذ المديون
قد يكون مماطلا ومطلا وربما لا ينقطع الا بالابراء فيصح دفع المماطلة غرضا صحيحا للابراء ومآل
اشتراط الاداء في الغد الى قطع المماطلة كانه قال ابرأتك عن الفضل بشرط ان لا تماطل
في اداء الخمسماية في الغد ووجوب الاداء ان كان حاصلا فقطع المماطلة ليس بحاصل وانه
معقول فيصح فائدة على ان اداء الدين وان كان متحتما في مطلق الزمان فهو في زمان خاص
ربما لا يبقى متحتما بان كان مال المديون مشغولا بحاجته الاصلية المقدمة على الدين وهنا
قد جعل الاداء في الغد غرضا لا الاداء في مطلق الزمان وفي بعض النسخ عوضا بالعين المهملة

والولو فيكون منعا لما ذكر ابو يوسف من ان الا لا الخمساية لا يصلح عوضا ولكن قوله فيما بعد فيحمل
عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة ياباه لانه تصريح بان الاداء لا يصلح عوضًا واعتراف لما ذكره
ابو يوسف رحمه الله اللهم الا ان تجعل قوله وكلمة على الخ نكتة اخرى على تقدير التسليم كانه منع
اولا فقال لا نسلم انه لا يصلح عوضًا بل يصلح جزاءً فلاسه ولو سلم فالواجب تصحيح كلام العاقل
ما امكن وقد امكن تصحيحه بالحمل على الشرط فيجب الحمل عليه صونًا لكلام العاقل عن
الالغاء قوله وكلمة على ان كانت للمعاوضة فان قلت كلمة على للايجاب دون المعاوضة
على ما عرف في اصول الفقه فما وجه قوله ان كانت للمعاوضة قلت كانه بناء على زعم الخصم
اي سلمنا انه للمعاوضة كما زعمت فهي محتملة للشرط ان يتعادله عند تعذر حمله على المعاوضة
تصحيحا لكلام العاقل ما امكن قوله فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة يعني ان المعاوضة
عبارة عن مقابلة الشيء بالشيء وفي الشرط المقابلة موجودة لان فيه مقابلة الشرط بالجزاء فجاز
ان يستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه كذا في الشرح وفيه نظر لما ذكر
في البزدوي وشروحه من ان في الشرط معنى المعاقبة دون المقابلة لان ما يثبت بطريق المقابلة
يثبت مع ما يقابله بطريق المقارنة اذ يستحيل ان يكون الشيء مقابلا للشيء قبل مقابله ذلك
الشيء اياه وثبوت العوض مع المعوض من هذا الباب وما يثبت بطريق المعاقبة يكون متاخرا
كالمشروط فيكون في الشرط معنى المعاقبة دون المقابلة كذا ذكره الامام فخر الاسلام رحمه الله وشارحه
في بحث حروف المعاني وكانه تسامح وجعل المعاقبة بوصف المقاربة في حكم المقابلة اذ القريب
في حكم القريب قوله واذا خمساية لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك
في تعليقه وفيه بحث اما اولا فلان الاداء في الغد يصلح عوضا لما صرح به في الذخيرة حيث
قال قال ابو يوسف رحمه الله بان التعجيل لا يصلح عوضا عن الحط لانه كان واجبا قبل الحط قلنا التعجيل قبل
الحط كان عوضا عن المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط اذ الثابت مرة يعتبر ثابتا
اخرى اذا افاد وقد مر التصريح به في المسئلة الاولى حيث قال وانه يصلح عوضا جزاءا فلاسه
نعم انه ليس بعوض مطلق بل ضروري ولكن صلاحه العوضية ولئن لم تكن مطلقا يكفي للتصحيح
وحمله على التعليق واما ثانيا فلما مر ان الشرط متعارف فيجب ان يحمل عليه للتعارف فالظاهر
مما ذكر في الذخيرة ان صورة البداية بالابراء ايضا على الاختلاف حيث قال نقلا عن الاصل
وان قال حططت عنك خمسماية على ان تعجل لي خمسماية اليوم ولم يعجل وان لم تعجل لي فالمال
على حاله فلم يعجل الخمسماية اليوم قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يبطل الحط والمال كله على
حاله وقال ابو يوسف رحمه الله الحط جائز وجد التعجيل او لم يوجد وعلل بما علل المصنف رحمه الله في الصورة

يرجع بالمدعى فانه لو رجع به لبطل الرجوع من حيث يثبت لان الرجوع يبطل الاقرار ضرورة
انه يبطل البيع الذي هو في ضمنه فاذا بطل الاقرار بطل الرجوع المبني عليه وبالجملة ان
الاقرار متى ثبت في ضمن البيع يبطل اذا بطل البيع لان بطلان المتضمن يوجب بطلان
المتضمن صرح بهذا الاصل في شرح الزيادات وبنى عليه كثيرا من المسائل واصل اخوان الشراء
ونحوه اقرار بالملك للآخر ظاهرا اذ الظاهر ان التصرف لا يوجد الا من المالك الا ان الظاهر يصلح
حجة للدفع لا للاستحقاق حتى ان من اشترى طيلسانا ثم ادعى انه كان لابيه يوم اشتراه ولكن
اباه مات امس وتركه ميراثا له لم يسمع دعواه لانه باقدامه على الشراء صار مقرا ظاهرا لان البائع
كان مالكا للطيلسان فصلح هذا الظاهر دافعا لدعواه ولا يصلح للاستحقاق حتى انه لو ادعى ابوه
الطيلسان وقضى له ثم مات الاب وورثه المشتري سلم له ولم يكن للبائع عليه سبيل لان الاقرار
بملك البائع ثابت ظاهرا وهو لا يصلح للاستحقاق ثم ذكر هشام عن محمد في زيادات النوادر ان
من ساوم رجلا بشيء ثم اشترى ذلك الشيء من غيره وقبضه فللاول ان ياخذه من يده لانه
لما ساومه فقد اقر له به الا ان الصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان الاقرار الثابت بطريق
الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلذا الصلح على ظاهر الرواية مشكلة اللهم الا ان يثبت به هذه
المسئلة روايتان والله اعلم قوله وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ولا عترض
بانه ينبغي ان لا يصح الصلح لان من الحقوق ما لا يصح الصلح عنه كحق الشفعة وحول بانه ادعى
هنا حقا في المحل حيث قال لي في هذه الدار حق فلا يتناول حق الشفعة لانه حق التملك
ولا حق للشفيع في المحل قبل التملك كما يأتيك التصريح به في الكتاب وقد اجيب بان
اقدامه على الصلح مشعر بانه يدعي حقا في عين الدار اذ الصلح عن حق الشفعة لا يجوز
والدار دار الاسلام واستشهاد الاحكام فكان عالما بان الصلح عن حق الشفعة لا يجوز وقد اقدم
على الصلح فتبين ان ذلك الحق موجب بصحة الصلح عنه كذا في ~~النهاية نقلا عن الذخيرة~~ قوله
لان ما قبض من عين حقه وهو على دعواه في الباقي يعني ان الصلح بقبض عين حقه
اخذ للبعض واسقاط للباقي فيصح فيما يقبض الاسقاط وهو الديون اما العين فلا يصح الابراء عنه
فيكون على دعواه في الباقي وفي ظاهر الرواية يصح الصلح لان الابراء لاقي عينا ودعوى
فان المدعي كان يدعي الجميع والابراء عن الدعوى صحيح وان كان عن العين لا يصح فان
من قال ابرأتك عن دعوى هذا العين صح الابراء حتى لو ادعاه بعد ذلك لا يسمع وفي المنتقى
رجل ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواي في النصف
الباقي او برئت من النصف الباقي او لا حق لي في النصف الباقي ثم اقام البينة على جميع الدار

لا يقبل ولو قال صالحتك على نصفها على ان ابرائك عن دعواي في الباقي ثم برهن كان له
ان ياخذ الدار كلها وكان الاختلاف في مسئلة الصلح عن بعض الدار انه هل يسمع بينته في
جميعها مبني على انه لو قال ابرائك عن دعوي هذا العين هل يسمع بينته بعد ذلك فمن قال
يسمع يقول بذلك في الصلح ايضا لانه في معناه ومن قال لا يسمع لا يقول به في الصلح ايضا ثم المصنف
رحمه الله تعرض لذكر البراءة في قوله او يلحق ذكر البراءة عن دعوي الباقي بان يقول قد برئت من هذه
الدار او برئت من دعواي في هذه الدار دون الابراء لما انه لو قال ابرائك عن هذه الدار وعن
خصومتي في هذه الدار فهو باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين ابرائك
فان في قوله ابرائك انما ابراه من ضمانه لا عن الدعوي وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل قال
له رجل برئت منه كان بريا ولو قال ابرائك منه كان له ان يدعيه وانما ابراه من ضمانه والله اعلم

فصل قوله لانه في معني البيع هذا ان صالح عن مال بمال اما لو صالح عن مال بمنافع
معلومة كان ذلك اجارة فكان عليه ان يقول لانه في معنى البيع او الاجارة الا ان الغالب
في الصلح عن الاموال ان يكون المصالح عليه مالا فتعرض للبيع دون الاجارة قوله
والمنافع بان ادعى في دار سكني سنة وصية من رب الدار فجحده او اقر به فصالحه الوارث على
شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح كذا في الكافي وهو مشكل لما بينه
التمرتاشي في كتاب الوصية انه ليس للموصى له بالخدمة والسكني ان يواجر العبد او الدار لان
الوصية تمليك بغير بدل فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة الى اخر ما ذكرناه في الكتاب
من تحقيق المسئلة وجوابه ان للموصى له بالمنفعة شبها بالمستاجر لان ملك كل منهما لازم وشبها بالمستعير
لان كلا منهما يملك المنفعة بلا عوض فشبهه بالمستاجر يوجب صحة الاجارة والصلح جميعا وشبهه
بالمستعير يقتضي عدم صحتهما فصححنا الصلح ولم نصحح الاجارة عملا بالشبهين ولم يعكس لان الصلح
اجارة من وجه دون وجه اما اذا كان عن انكار فظاهر واما اذا كان عن اقرار فلانه اجارة
معنى لا صورة فلو جوزنا الاجارة من كل وجه لزمنا القول بجواز الصلح الذي هو اجارة
من وجه ايضا فلم يكن عملا بالشبهين والمراد بقوله لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة هو الاخذ
في الجملة لا في هذا المحل وجواز الاخذ في الجملة يكفي لصحة الصلح ههنا على ما بينا وتقريره ان
الموصى له بالمنفعة لما اخذ شبها بالمستاجر والمستعير دار الاجارة والصلح كلاهما بين الصحة والفساد
والصلح اذا دار بينهما يحكم بالصحة بخلاف ساير العقود صرح به في الذخيرة في الفصل العاشر من كتاب
الوكالة فلذلك جوزنا الصلح من المنفعة الموصى بها دون الاجارة ثم ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي
والعشرين من كتاب الحيل قال هشام قلت لابي يوسف رحمه الله ما تقول في رجل اوصى بخدمة عبد له

الا دين قوله لانه واجب عليه في مطلق الازمان اشارة الى ان الاداء في وقت خاص تكلف
يكون واجبا بان كان المال مشغولا بحاجته الاصلية المقدمة على الدين او كان مفلسا قوله
وتعليق البراءة ليس للابراء لانه علق بمعنى التمليك ومعنى التمليك انما يوجد في الابراء لا في
نفس البراءة او المراد هو البراءة الحاصلة من الدائن قوله ومعنى المسئلة اذا قال ذلك
سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به وفي حيل الذخيرة المديون اذا قال لرب الدين لا اقر
لك بالمال حتى تحلف او حتى تحط عني فهذا عند بعض العلماء يكون اقرارا
بالمال وذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في كتاب الاقرار وقال لا يكون اقرارا فعلى هذا لا حاجة الى
تقييد المسئلة بما اذا قال ذلك سرا لامكان حمله على ما ذكر محمد رحمه الله فيكون مطلقا

فصل

قوله ان القابض قبض نصيبه فان قلت بل قبض المشترك بينهما لما بينا ان الدين لا
يحتمل القسمة قبل القبض قلت انه لئن كان لا يحتمل القسمة قصدا فقد يحتمل ضمنا للصلح والشرى
على ما بينه بتحقيقه ان شاء الله تعالى قوله بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض الخ قلت وفرق
اخر ان الدين في الصلح يتعين بلا خلاف في الشرى لا يتعين حتى لو تصادقا ان لا دين بطل الصلح
ولا يبطل الشرى فالثوب الذي وقع عليه الصلح عن بعض الدين في حكم عين الدين من حيث
ان الدين تحقق بذلك فكان لشريكه ان يشاركه فيه كما لو قبض عين ما وجب في الذمة من الدين
واما الثوب المشترى فالدين لما لم يتعين فيما يكان غيره من كل وجه فلا يكون للساكت ولاية
المشاركة فيه قوله لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة الخ لا بقبض عين الدين بوجه بخلاف
الصلح فانه وان ملك هناك الثوب بعقده لكن الاستيفاء يقع بقبض عين الدين من وجه لما
ذكرنا ان الدين يتعين في الصلح وبالجملة ان ولاية المشاركة انما تثبت للساكت لابتناء العقد
على الشركة او يكون المقبوض عين الدين ولو من وجه وكلا الامرين فايت في الشرى بخلاف الصلح
لان الثوب فيه عين الدين من حيث انه يتعين بدلا فيه فافترقا قوله ولو وقعت المقاصة
بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك اي لو كان للمطلوب على احد الطالبين دين
بسبب قبل ان يجب لهما عليه وصار قصاصا فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه لانه
قضى دينا كان عليه ولم يقبض لان الاصل في الدينين اذا التقيا صارا قصاصا بان يصير الاول مقضيا
بالثاني والمشاركة انما يثبت في الاقتضاء وهذا مشكل لما ذكر في المحيط انه اذا استاجر عبدا بدين
كان له على الاجير يكون فات نصفا الاجارة فللمستاجر ان يحبسه المستاجر بالدين السابق لان
العقد يتعلق بمثل الدين وانما يصير الاجرة مثله بشرط التعجيل فيتضمن شرط التعجيل ليصير الاجرة
مثل الدين ووقعت المقاصة بينهما وصار الاجر قابضا الاجر بالمقاصة فيعتبر بما لو استوفاه حقيقة هذا كلامه

فلو كان آخر الدينين قضاء للاول لا اقتضاء كما ذكر هنا وجب ان لا يكون للمستاجر ولاية
الحبس بالدين السابق في المسئلة المذكورة لان الموجر حينئذ يكون قاضيا دينا عليه لا مستوفيا
دينا له بل يكون المشتري من المستاجر والحبس انما يكون اذا استوفى الموجر الاجرة وفي الكافي
في احكام البيع الفاسد اذا اشترى عبدا من مديونه بدين له عليه سابق وقبض العبد ثم تفاسخا
العقد كان له ان يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين لان البيع اذا اضيف الى الدراهم
لا يتعلق بعين تلك الدراهم وانما يتعلق بمثلها في الذمة فاذا وجب للمديون على المشتري مثل
الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البائع مستوفيا ثمنه بطريق المقاصة فاعتبر
بالوا استوفاه حقيقة وعند المشتري حق الحبس الى ان يستوفي الثمن كذا هنا هذا لفظه ومع نوع
اختصار ولا يخفى انه على ما ذكر هنا من ان آخر الدينين يكون قضاء للاول منهما ولذا الاول
يصير مقضيا بالثاني يجب ان يكون البائع في هذه المسئلة موفيا لما عليه من الدين لا مستوفيا
والمشتري مستوفيا لا موفيا ولئن لا يكون له ولاية حبس المبيع بعد الفسخ حتى يأخذ منه
الدين لانه على هذا التحقيق ما ادى بدل المبيع حتى يحبسه بل كان قد استوفى دينه لكن
انتقض الاستيفاء بالاقالة وعاد دينه كما كان وبالجملة لو صاحب اخر الدينين ان كان قاضيا لا
ادى لها بالآخر كان المستوفي في هاتين المسئلتين هو المستاجر والمشتري دون الموجر والبائع فيجب
ان لا يكون لهما ولاية الحبس لانه بناء على انه يكون الموفي هو المشتري والمستاجر ولئن كان
مقضيا يجب ان يضمن احد الطالبين للاخر فيما اذا كان له دين سابق فصار قصاصا ليس
الامر كذلك وغاية الامر ان يقال ما ذكر من ان اول الدينين يصير مقضيا بالثاني فذا بيان
القضاء والاقتضاء الحقيقيين اذ لا تصور لهما حقيقة الا بان يعتبر آخرهما قضاء للاول اذ الدين
وصف لا يتصور قضاؤه الا بامتناع المطالبة وذا باخرهما حيث للمطلوب مثل ما وجب للطالب عليه
عند الاداء فاما الاستيفاء الحكمي فيثبت بامتناع المطالبة سواء اعتبرنا الاول او بالاخر والبائع
او الموجر وان لم يكن مستوفيا حقيقة لانه صاحب اخر الدينين فهو مستوفي حكما لدينه حيث
يمتنع عليه المطالبة باول الدينين لولاه لما امتنع فصار كانه استوفاه الا ان الاستيفاء الحكمي
يكفي لبقاء حق الحبس دون اثبات الضمان لاحد الشريكين لانه استيفاء من وجه فيكفي
لبقاء الحبس لانه قد كان فلا يزول بالشك واما الضمان فلم يكن فلا يثبت بالشك والله اعلم **قوله**
والاستيفاء بنصيبه قبض وهذا مشكل بمسئلة ذكرناها من المحيط فلينامل **قوله** ولهما انه لو جاز
في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر
فان قلت مثل هذا يتاتى فيما اذا صالح احد الشريكين في الدين عن نصيبه على ثوب

او المشتري

او المشتري بنصيبه مناما لانه لو جاز الصلح والشري في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين في الذمة
ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر **قلت** نعم لكن قسمة الدين في الذمة انما لا
يجوز اذا كان قصدا اما ضمنا فيجوز في الصلح بنصيبه من الدين المشترك والشراء انما يلزم
قسمة الدين ضمنا لا قصدا لان الثمن تابع غير مقصود فكانت القسمة باعتبار جعل نصيبه
ثمنا ضمنية والصلح في معنى الشراء فكان في حكمه واما الصلح على راس المال فيستلزم قسمة الدين
قصدا لان هذا الصلح اقالة وهي تقع على المسلم فيه قصدا لما انها تقع على المبيع مقصودا والمبيع
في باب السلم هو المسلم فيه فيلزم قسمة الدين في الذمة مقصودا وذا لا يجوز وكذا تاجيل نصيبه
من الدين لان التاجيل يقع على الدين قصدا وذلك ظاهر حتى لو كان الاجل لا عن قصد
بتاجيل حق احد الشريكين ايضا وذلك بان يشتري احد الشريكين بالدين مؤجلا وكذب الشريك
الآخر يثبت الاجل في حق المعتبر **قوله** وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما
فلا ينفرد احدهما برفعه ولا يشكل بالاقالة فانها ليست برفع حقيقة بل هي بيع في حق الثالث
وله ولاية البيع في نصيبه بعد القبض في المنقول وقبل القبض في العقار ولا كذلك هنا
لان الاقالة في باب السلم فسخ من كل وجه كذا في الشاهان **وفيه نظر** اما اولا فلان قوله
ليست برفع حقيقة يخالف ما ذكره المصنف في باب الاقالة في وجه قول ابي حنيفة ومحمد
حيث قال ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال اللفظ في مقتضاها الحقيقية
ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان
وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة
فهذا تصريح بان الاقالة حقيقة هي الرفع وكونه بيعا امر ضروري فقوله انها ليست برفع حقيقة
غير ظاهر الصحة واما ثانيا فلان قوله الاقالة في باب السلم فسخ من كل وجه يناقض ما ذكره
المصنف في السلم من قوله فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا
حتى يقبضه كله لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع
جديد في حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين
مثله ثم لفظه واوضحه في الشاهان بان المبيع ما يجب بالعقد وهذا يسقط فلا يكون مبيعا فجعل
راس المال مبيعا اذ لو لم يجعل راس المال مبيعا يبطل الاقالة الا يرى انهما لو تقايلا في
باب البيع الفاسد وهلك المبيع بعد الاقالة قبل القبض يبطل الاقالة وههنا لما تقايلا وسقط
المسلم فيه صار كالهالك فينبغي ان لا يصح الاقالة وهي صحيحة ولا ذلك الا بابقاء المبيع وذلك
بجعل راس المال مبيعا انتهى لفظه فظهر بهذا التحقيق ان الاقالة في باب السلم ليس بفسخ

من كل وجه بل من وجه في حق الثالث فلا وجه في الفرق بين الاقالة في السلم والاقالة في
البيع مع ما اشار اليه الشارح بقوله لان العقد في باب السلم اصل لوجود المسلم فيه لانه بالعقد
يثبت دينا في الذمة فكذا في الدفع يكون اصلا فينفسخ لسقوط السلم بخلاف شري العين فانه
اصل لوجود العقد فان العين ما لم يكن موجودة لا يوجد للعقد وان تعاقدا فكذلك عند
الدفع يكون العين اصلا لصحة الدفع عنه فاذا كان العين اصلا والعين مشترك ذو انصبا ملك
كل واحد منهما بنصيبه لان ملك العين علة لنفاذ التصرف من المالك فكانت العلة تامة ولما
ههنا يثبت الولاية بالعقد وقد يثبت لهما جميعا ولاية ايضا ذو انصبا مشتركة بينهما بل من علة وجوب
الشركة في السلم فاعتبر ابو حنيفة من جانب العقد لا جانب الدين فما قاله ابو يوسف من ظاهر
لان السلم دين كساير الديون وما قاله ابو حنيفة ومحمد هو ادق في الفرق ثم لفظه والى هذا الفرق
اشار المصنف بقوله وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد لانه موجود به والعقد قايم بهما فلا
ينفرد احدهما برفعه يعرف ذلك بالتامل قوله فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه ولقائل
ان يقول هذا منتقض بالدين فانه اذا اخذ الشريك نصيبه شاركه فيه صاحبه وللاخر الرجوع بقدره
وفيه عود الدين بعد سقوطه فيقول لا ينتقض لان الدين ثبوته في الذمة امر معقول بل هو
الاصل في الاثمان فجاز ان يعود بعد السقوط والمسلم فيه ثبوته في الذمة غير معقول فلا يجوز ان
يعود بعد سقوطه كذا في الحاشية وفيه ضعف لان المانع من العود انما هو السقوط من حيث ان الساقط
لا يعود الا بسبب جديد وفي هذا المعنى المعقول ثبوته في الذمة وغير المعقول سواء على انه ينتقض
بقبض المسلم فيه فان احد الشريكين اذا قبض نصف المسلم فيه كان لصاحبه ان يشاركه فيه
مع انه يوجب عود الدين الثابت غير معقول بعد سقوطه فالوجه ان يقال ان الدين لا يسقط
بالقبض والاستيفاء على ما يأتي التصريح به في اخر كتاب الرهن فلا يلزم بمشاركة الساكت القابض
عود الدين بعد سقوطه بخلاف الاقالة في السلم فانه يوجب سقوط المسلم فيه عن الذمة والساقط
لا يعود وجواب آخر نذكره ان شاء الله تعالى ثم يشكل بان الدين يسقط بالابراء ثم يعود برده
الا يرى انه اذا كان لرجل على ابيه المريض دين فقال للابن يا ابت قد خلصتك مما عليك
من الدين فقال الاب لا اريد لا يحل ورده ان الدين قد سقط بابرائه وهو بالرد يبطله فيكون
وصية لوارثه ولا وصية لوارث كذا ذكر في الذخيرة نقلا عن النوادر فظهر ان الساقط يحتمل
العود الا ان يقال القياس ان لا يعود الدين بعد سقوطه الا بسبب جديد غير انا جوزنا عود
الدين بعد الابراء برده استحسانا دفعا لضرر المنة عن المديون او نقول الساقط انما لا يعود
اذا كان سقوطه مقررا والسقوط بالابراء غير مقرر لتوقف التقرر على القبول اما السقوط في الصلح

براس المال على تقدير صحته فمتقرر على ما نذكره فيشكل ايضا بانا سلمنا ان السلم لا يحتمل العود
بعد السقوط لكن ذلك اذا كان السقوط مقررا وبتقدير جواز الصلح لان كان يسقط السلم في نصيبه
فسقوط غير مقرر بل موقوف تقرره على عدم مشاركة الغير وامتناع العود بعد سقوطه لا على سبيل
التقرر غير مسلم الا ان يقال ان السقوط هنا بالاقالة ومعنى لو جازت في نصيبه اكانت للاقالة متقررة
فيتقرر سقوط نصيبه من المسلم فيه ايضا ثم اذا شاركه فيه صاحبه فلابد اما ان يعود حقه في ما بقي
على المسلم اليه اولا فان عاد فلا وجه له لان حقه فيه قد سقط سقوطا مقررا بالاقالة التي هي
متقررة فلا يعود الا بسلم جديد ولم يوجد وان لم يوجد يعد باطل حقه مجانا وانه اضرار به ولئن قلنا
بصحة الصلح وعدم ولاية المشاركة للشريك يتضرر به الشريك وكل عقد لا يمكن امضاؤه الا بالحاق
زيادة ضرر بالعاقد كبيع الجذع في السقف فهو باطل **فان قلت** هذا بعينه يتاتى فيما اذا صالح
احدهما عن نصيبه من الدين على ثوب فان للساكت هناك ان يشاركه في ربع الثوب ثم يرجع
المصالح في الربع على المديون وفيه عود الدين بعد سقوطه في ضمن الصلح المقرر لا يقال الصلح
ينعقد موقوفا لان اجاز الساكت يقع عن نصيبهما جميعا ولا نفعت نصيب المصالح خاصة لانا الصلح
يقع عن نصيب المصالح خاصة ولهذا يملكه وينفذ فيه تصرفه قبل اجازة الساكت ولو اختار اداء
ربع الدين الى الساكت لا يجبر على تسليم نصف الثوب المصالح عليه ولو كان الصلح عند مشاركة
الساكت واقعا عن نصيبهما جميعا لما كان له ولاية الامتناع عن تسليم نصف الثوب فظهر ان الصلح
يقع عن نصيب المصالح خاصة ثم الشريك بالمشاركة يتملك من نصيب المصالح عوضا عما وجب عليه من اداء
الربع الى الساكت فعلى هذا يسقط حقه بالصلح ثم يعود عند المشاركة على ان الصلح بالثوب لو كان
موقوفا على اجازة الشريك ثم ينفذ في نصيبهما جميعا عند دلالة الاجازة بالمشاركة توقف الصلح براس
المال على اجازة ايضا ثم بمشاركته التي هي دلالة الاجازة من الساكت ينفذ في نصيبهما جميعا فلا فرق
بين الصلح عن المسلم فيه بنصف راس المال وعن نصيبه من الدين بثوب ولا يقال الدين
في الصلح لا يسقط بل يقع المقاصة كما في البيع وبالمقاصة لا يسقط الدين بل يمتنع المطالبة
على ما عرف فلا يكون في الصلح على الثوب عن نصيبه من الدين عود الدين بعد سقوطه عند
مشاركة الساكت اياه اما الصلح عن المسلم فيه على راس المال فهو اقالة والاقالة يقع على المسلم
فيه ويسقطه واذا شارك فيه الساكت على نصيب المصالح في الربع بعد سقوطه والساقط لا يحتمل
العود الا بسبب جديد لانا نقول بل الدين يسقط بالصلح ايضا لما عرفت ان الدين يتعين في الصلح
حتى لو تصادقا بعد الصلح ان لا دين بطل الصلح ومن ضرورة تعيينه سقوطه **اجيب** بان الدين لئن
كان يسقط بالصلح على الثوب سقوط المسلم فيه بالاقالة الا ان ساير الديون يحتمل الاستبدال

ودين السلم لا يحتمل فيه صح الصلح عن المسلم فيه براس المال وشارك فيه صاحبه كانت هذه المشاركة
تمليكا من قبل المصالح كما ذكرنا في الصلح على الثوب عن نصيبه من الدين ثم لئن رجع المصالح على
المسلم اليه بربع الدين فلا وجه له لانه لئن رجع فاما ان رجع باعتبار عود حقه في الربع فذلك
عود الدين بعد سقوط واما باعتبار انه اضطر في اداء النصف الى الساكت فيتملك ما للساكت على
المديون من ربع الدين لانه لما اضطر الى ادائه صار كالضامن له من قبل المديون ثم هو
مثل ربع مال الصلح بلا من الربع فيه الذي اضطر الى ادائه فلا وجه له ايضا لان المسلم فيه
لا يحتمل الاستبدال فلا يمكن للساكت ان ياخذ بدل ربعه عن المصالح شيئا بخلاف الصلح عن
سائر الديون فان الاستبدال فيها جائز فيمكن فيه ان يجعل الصلح واقعا عن نصيب المصالح
خاصة ثم عند مشاركة الساكت يتملك نصيبه من الدين يتملك الضامن ما على المديون عند الاداء
وهذا المصالح لما اضطر الى اداء دين الساكت بقدر الربع جعل كالضامن عليه من قبل المديون كانه
احال الساكت بربع الدين ثم صالح مع احدهما مع العلم برجوعه عليه فيكون هذا دينا للمصالح
على المديون باعتبار انه ادى دينه الى الساكت مضطرا فيقوم مقامه فيكون رجوع المصالح بعد
مشاركة الساكت بهذا الطريق لا بطريق عود حقه الى الدين بعد سقوطه وهذا ايضا يصلح جوابا
عن ما اذا استوفى احدهما نصيبه من الدين على ما مر **قوله** وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق
لا يجوز الصلح اتفاقا كما قال ابو يوسف وهو غير سديد لان الشركة في المقبوض انما يلزم من الشركة
في دين السلم لا من اتحاد نقديهما وذلك ثابت لا يختلف بين ما اذا خلطا راس المال وبين ما
اذا نقد كل واحد نقدا على حدة كذا في الحاشية **وفيه نظر** لان الشركة في المقبوض انما يلزم
من الشركة في دين السلم ان لو كان المقبوض هو عين ما كان في الذمة او بدله وقبض راس
المال فيما اذا صالح احد الشريكين من نصيبه في المسلم فيه على راس المال ليس بقبض عين
المسلم فيه وهو ظاهر ولا قبض بدله لان هذا الصلح اقالة وفي الاقالة لا يبقى المسلم فيه حقا لرب السلم
حتى ياخذ بدله كيف والاستبدال في باب السلم حرام فلا يثبت الشركة في المقبوض الا بان يخلطا
راس المال فيما اذا لم يخلطا لا يثبت الشركة في المقبوض فلا يشارك صاحبه فيه فلا يؤدي الى عود
السلم بعد سقوطه ثم اعترض على قوله وعلى الوجه الثاني بالاتفاق ان انتفاء العلة لا يوجب انتفاء
الحكم لجواز ان يثبت الحكم بعلة اخرى ففي صورة عدم الخلط ان لم يوجد النكتة الثانية فقد وجدت
الاولى وذلك يكفي لثبوت الحكم اعني فساد هذا الصلح ومن هذا قيل الصحيح انه على الاختلاف
في الفصلين وفي قوله فالاولى اشارة الى ان الصحيح غيره **فصل** فلا ينوب عن قبض
الصلح والاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر وان اختلفا ناب المضمون
عن غير المضمون كذا في الكافي وانه يشكل بما هو مذكور في باب الاقالة انه لو باع عبدا بدراهم وتقابضا
ثم تقايلا ثم اشتراه قبل التسليم صح ولا بد من تجديد القبض ولا ينوب قبضه عن قبض الشراء
لان قبضه مضمون بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشراء كقبض الرهن مع ان كلا
من القبضين مضمون بالغير لان قبضه بعد الاقالة مضمون بالثمن وقبض الشراء ايضا مضمون
بالثمن فكانا متجانسين مع ان احدهما لا ينوب عن الاخر فكانت في نهاية قبض الشراء
الثابت بعد الاقالة قبل التسليم روايتين كما وقع التصريح في بعض المواضع بان الشيء يقبض
مادونه وما فوقه وهل يتضمن مثله فيه روايتان فكان ما ذكر هنا من ان القبضين اذا
تجانسا ينوب احدهما عن الاخر على احدى الروايتين وما ذكر في الاقالة من ان قبض
الشراء الثابت بعد الاقالة قبل التسليم بحكمها لا ينوب عن قبض الشراء الثاني على الرواية
الاخرى **قوله** فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر قال الحاكم ابو النصر انما يبطل الصلح على مثل نصيبه
من الدراهم حالة التصادق اما حالة المناكرة بان ادعت امراة على ورثة زوجها فصالحوها
وهم جاحدون بانها امراة الميت على اقل من نصيبه من المهر فالصلح جائز لان حالة
المناكرة المعطي انما يعطي لقطع المنازعة وافتداء اليمين فلا يتمكن الربوا كذا في الذخيرة
وقيل انه باطل في الوجهين وهو الظاهر لان المعطي وان كان يعطي لرفع المنازعة فالاخذ
انما ياخذه عوضا عن حقه فيلزم الربوا في حق المدعي فينبغي ان لا يجوز الصلح انه لو صالح
المنكر من الدراهم بالدنانير يشترط القبض في المجلس لانه صرف في جانب المدعي وكذا لو صالح
على عقار يجب الشفعة فيها ولو كان الاعتبار لجانب المدعا عليه فقط لكان ينبغي ان لا يشترط
القبض في المجلس ولا يجري الشفعة فلما يعتبر جانب المدعي للزوم القبض في المجلس والاجرى
وجريان الشفعة فليعتبر جانبه في لزوم الربوا ايضا **قوله** احترازا عن الربوا لانه لا يمكن
تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء عن الاعيان باطل لان الاسقاط انما يصح في الديون
لا في العيون والتركة عين كذا في الشرح وهذا فيما اذا كان الذي في يده بقية التركة مقرا
بكونها في يده اما اذا كان جاحدا لكون التركة في يده فيجب ان يصح الصلح مطلقا لامكان تجويزه
بطريق الابراء لان التركة عند الجحود مضمونة بنفسها والابراء من الاعيان المضمونة بنفسها جائز
قوله فالصلح لان فيه تمليك الدين من غير من عليه **قلت** تمليك الدين من غير من عليه جائز
اذا وكله بقبض الدين فليعقد توكيل بقية الورثة بقبض نصيبه من الدين تصحيحا لتصرفه بالعقد
الممكن **قوله** فالصلح باطل لئن في الكل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه ومتى بطل في حصة
العين لان العقد واحد وهو دليل لابي حنيفة رضي الله عنه في مسئلة البيوع ان العقد الواحد

المسلم

الاستبدال

المال

في النجارية وتمليك

لا ادري

الدين بطل في حصة

نقض قضايا ولا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك كذا في الشرح وقد اعترض في بعض الحواشي على قوله وذكر في المبسوط والذخيرة جواب الاستحسان والقياس كما ذكر في الكتاب بان ما ذكر في المبسوط يخالف ما ذكر في الكتاب اذ جواب الاستحسان في الكتاب عدم الجواز وجواب القياس الجواز وفي المبسوط على العكس وقد يجاب بان التشبيه بما ذكر في الكتاب في حق اختلاف جواب الاستحسان والقياس لا في جميع الوجوه لكن ذكر في مبسوط شيخ الاسلام جواب الاستحسان والقياس على الاختلاف كما ذكر في الكتاب وقد يحمل على حذف حرف النفي ان سقوط من قلم الكاتب لكن لا كما ذكر في الكتاب

كتاب المضاربة

قوله لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة لان التوكيل يقبل الاضافة وكذا الاجارة يقبلها بان قال آجرت داري هذه غدا صح لانها تنعقد ساعة فساعة فالعقد في حق الحكم كالمضاف الى وقت وجود المنفعة فيبقى الاجارة في حق الحكم على الاضافة فكيف يكون الاضافة مانعة صحة الاجارة فان قلت كيف يكون المضاربة استيجارا ببعض الربح الحاصل من عمل المضارب والاستيجار ببعض ما يخرج من عمل المستاجر لا يجوز لانه في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك لما في الاجارات قلنا القياس يقتضي هكذا الا انا جوزنا بالاجماع ~~ثم يقال شرط العمل على رب المال يفسد العقد~~ قوله لان شرط ذلك له دراهم مسماة يقطع الشركة لانه يفضي الى قطع الشركة لانه ربما لا يربح الا قدر الدراهم المسماة قوله زيادة عشرة له على الجزء الشائع قوله فله اجر مثله لفساده لانه لما فسد عقد المضاربة واذا فسدت كانت اجارة فاسدة والمستحق في الاجارة الفاسدة للعامل اجر مثله على قوله ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط الى المتحدين يعني ذكر ابو يوسف نوع اجر مثله قدر مشروط له لانه لا يزاد الاجر على المشروط لرضاه بالاقل قوله وغير ذلك لما ذكر من الشرط القاطع للشركة او الموجب للجهالة في الربح وقد يقال شرط العمل على رب المال يفسد العقد على ما يجيء مع انه غير داخل في الشرط القاطع للشركة ولا في الشرط الموجب للجهالة في الربح ففي التعميم بقوله وغير ذلك من الشروط لا يفسدها نظر فلو قال كل شرط يخل به مقصود المضاربة يفسدها لكان اولى قوله كاشتراط الوضيعة لها الخسران وقد يقال شرطه ربما يفضي الى قطع الشركة في الربح بان يكون الخسران مستوعبا لما يخص المضارب من الربح والشرط القاطع للشركة في الربح مفسد على ما مر قوله والتوكيل من صنيعهم فان قلت فيجب ان يملك المضاربة ايضا لانه ايضا من صنيعهم كما نص عليه من بعد اجيب بان المماثلة ما تعد من التضمن والتوكيل دونه لكنه يشكل في الرواية التي جاءت ان الشيء يتضمن مثله والله اعلم قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فان قلت فيجب ان لا يجوز الا ما مر الا اذا

اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل كمن اسلم حنطة في شعير وزيت ثم قيل هنا قوله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما ان بيع الدين بالملك لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد فان قلت ذكر في الذخيرة انه اذا دفع الثوب الى القصار فخرقه فصالحه على مكيل او موزون فان كان المكيل والموزون بعينه جاز الصلح سواء وقع الصلح على ان يكون الثوب لرب الثوب او للقصار وان كان المكيل في الذمة فان وقع الصلح على ان يكون الثوب للقصار فالصلح جائز فيما يخص الثوب بالملك فيما يخص قيمة الحرق لان ما يخص الثوب ثمنه والثمن يجوز ان يكون مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة وما يخص قيمة الخرق يكون دينا بدين لان قيمته في الحق القصار دراهم او دنانير والمكيل والموزون في الذمة ايضا دين فيكون افتراقا عن دين بدين هذا لفظه فقد بطل الصلح في خص الحرق ولا يبطل في خص الثوب ويجب ان يبطل في الكل عند الكل اما عنده فظاهر واما عندهما فلان بيع الدين بالدين بالملك فصار كالجمع القن قلت الفساد في هذه المسألة طارئ بعد في خص الخرف ضرورة الافتراق لا عن قبض حتى لو سلم المكيل والموزون في المجلس صح الصلح في الكل والفساد الطارئ لا يوجب الشيوع وفي مسئلة الكتاب الفساد مقارن فيسري الى الكل فان قلت تمليك الدين من غير من عليه جائز الا يرى لو اشترى العبد المأذون متاعا فوهب الثمن من مولاه جازت الهبة وانه تمليك الدين من غير من عليه وهو المولى اجيب بان الدين وان كان على العبد فهو على المولى من حيث الحكم لان المستحق بهذا الدين من مال المولى وهو رقبته وكسبه فصار بمنزلة غريم الميت اذا وهب الدين من الوارث صح لان الدين على الوارث حكما لانه يتخلف بالدين لم يكن الدين مستغرقا او محيطا فيه لان كان قوله وذكر الكرخي به في ... انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا وذكر في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة جواب الاستحسان والقياس كما ذكر في الكتاب منسوبا نسبة الى الكرخي فقال شيخ الاسلام هذه المسئلة على وجهين اما ان كان الدين مستغرقا او غير مستغرق ففي الاول لا يقسم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة عندنا فلهذا لا يقسم واما في الوجه الثاني فالقياس ان لا يقسم ولكن يوقف الكل وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي فيما بينهم بناء على ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يمنع ملك الوارث في التركة ام لا فالقياس ان لا يملك شيئا من التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان يملك التركة حتى لو كان المورث جارية حل له وطيها استحسانا نفيا للضرر عن الورثة لان التركة لا يخلو عن قليل الدين فاذا اهلكوا جميع التركة استحسانا كان يجب ان يقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى

كان للامام انوى حالا من المقتدي لان صلوته يتضمن صلوة المقتدي على ما مر والشي
لا يتضمن مثله اجيب بان القياس كذلك الا انا جوزنا الامامة عند تساوي حالهما بالاجماع على
خلاف القياس فان قلت للمجبور ان يجير وللمستاجر ان يوجر وللماذون وللمكاتب ان
يكاتب وهل هذا الا تضمن الشي مثله قلت هولاء لا يملكون هذه التصرفات في ضمن امثالها
لانهم لا يتصرفون بحكم النيابة بل بحكم المالكية فان المستعير والمستاجر يملكان المنافع ومن ملك
شيا ملك تمليكه من غيره والماذون والمكاتب يملكان التصرف اصالة حتى لا يملك المولى نقضهما
من التصرف بخلاف المضارب والوكيل والمودع فانهم يتصرفون نيابة فلا بد من الانابة فلا
يملكون المضاربة والتوكيل والايداع الا بانابة المالك والانابة في هذه التصرفات لم توجد مقصودة
فلو ثبت لثبت في ضمن الانابة الاولى والشي لا يتضمن مثله فان قلت في تضمن المثل
روايتان على ما نص بعض المشايخ في بعض المواضع فيجب ان يملك المضارب المضاربة والمودع الوديعة
والوكيل التوكيل في الرواية التي جاءت لان الشي يتضمن مثله اجيب بان الشي وان كان
يتضمن مثله ولكن اذا لم يوجد هناك مانع من التضمن وقد وجد فان الناس يتفاوتون في
الحفظ والهداية في التصرفات فلا يكون الرضى بحفظ واحد وتصرفه رضا بحفظ غيره وتصرف غيره
ولكنه يتخلل بالتوكيل فان المضارب يملكه في ضمن المضاربة فلو كان لاختلاف احوال الناس
مانعا من تضمن المضاربة مع جواز ان يتضمن الشي مثله لوجب ان يمنع تضمن التوكيل ايضا
قوله لان الواو للعطف لي لمطلق العطف وانه يحتمل التفسير والمشورة والمضاربة
قد تمت بقوله خذ هذا المال مضاربة بكذا بصفة الاطلاق فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا قال
خذ هذا المال مضاربة بالكوفة حيث خرجت المضاربة منه فلا يثبت على الاطلاق قوله
كشري الخمر احتراز عن الشري بالخمر لان المبيع يدخل في ملكه على وجه الفساد فيتمكن من
التصرف فيه قوله والشري بالميتة قيد به ليثبت الحكم في شري الميتة بالطريق الاولى لان الشري بها
لما لم يفد الملك في بدلها ففي عينها بالطريق الاولى قوله لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة
ولا في ملكه الزيادة وبقاء انه لم يكن له صنع في الملك فصنعه في الشري الموجب للملك اما هو
ظاهر ومثله يكفي للتعدي لا يرى انه لو علق طلاقها في الصحة نفعل لا بد له منه ثم مرض ووجد
الشرط يصير فارا لانه ان لم يكن له بد من فعل الشرط فله من التعليق القرين على ما مر
في الكتاب فاعتبر الزوج قاصدا لابطال حقها بالتعليق في الصحة وان لم يكن له قصد بفعل
الشرط لانه مما لا بد له منه فكذا هنا قوله لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك توضيحه ان
للمالك حق الدعوة في مملوكه واذا كان للمتخصص حق الدعوة في ولد لم ينفذ فيه دعوة غيره كيلا

يبطل ما له من حق الدعوة لو كذا الملاعنة لما كان للملاعن ان يدعيه لا ينفذ فيه دعوة غيره
فلذا دعوة غير المالك لا ينفذ في المملوك لتعلق حق المالك في دعوته الا اذا صدقه لانه اسقط
حقه ح والمالك هنا قبل ظهور الربح هو رب المال دون المضارب فلا ينفذ دعوته ثم اذا
زادت القيمة وظهر الربح يثبت الملك فيه للمضارب ايضا فنفذت دعوته لمكان الملك قوله
والملك اخرهما الا يقال بل النسب اخرهما لان الملك شرط لنفاذ الدعوة والنسب يثبت
بعد نفاذ فثبت الملك ثم ينفذ الدعوة ثم يثبت النسب فكان النسب بعد الملك بالضرورة
لانه وان كان يثبت بعد الملك فهو يستند الى وقت العلوق فيكون متقدما معنى قوله
فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه الى قوله فيمتنع التصرف فلا
يحصل المقصود قلت اذا اشترى المضارب نصف من يعتق عليه براس المال ونصفه لنفسه
بمال نفسه وليس في المال ربح نفذ شراء النصف على رب المال مع ان نصيب المضارب يعتق
عليه فيمتنع التصرف فيما اشتري من مال المضاربة فلا يحصل المقصود فيجب ان لا ينفذ شراء
النصف على المضارب وكذا لو اشترى المضارب مع اجنبي من يعتق على الاجنبي ح ينفذ
على رب المال وهذا الشراء لا يفيد التصرف والتقلب حيث يعتق نصيب الاجنبي فيفسد
نصيب مال المضاربة او يعتق قوله لان الالف الماخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما
في الاستيفاء ظهرت الجارية كلها ربحا فيكون بينهما فان قيل لم لا يجعل الالف راس المال
وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية من جنس راس المال فكان
تعيين الالف من السعاية لراس المال اولى كذا في الكافي واعترض عليه في الحاشية بقوله
وفيه فان للواجب على المضارب قيمة الام وهي من جنس راس المال ايضا ثم لفظها قلت
هذا الاعتراض غير متوجه لان قيمة الام انما يجب على المضارب بعدما تكون ربحا وتصير ام ولد
له بحكم الشركة وهي انما يكون ربحا لان لو جعل راس المال من السعاية اما لو جعلت الجارية
من راس المال لم يجب على المضارب قيمتها لعدم الشركة والموجب الولد فيلزم جعل راس
المال من خلاف جنسه وهو الجارية مع وجود ما يجانسه وهو مال السعاية قوله فان كانت
فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني كان الاولى ان يقول وان ربح الثاني لانه لا يضمن
بمجرد العمل في الصحيحة ايضا عند ابي حنيفة انما الافتراق بين الصحيحة والفاسدة عند حصول
الربح فيضمن عند حصوله في الاولى دون الثانية فكانه اراد وان عمل وربح على حذف
المعطوف قوله من حيث خالف بالدفع فان قلت المخالفة بالدفع مذهب زفر فاما عندهما
فبالعمل وعنده بالشركة في الربح اجيب بان المخالفة عنده وان كان يثبت بالشركة في الربح

باب المضارب يضارب

لكن مستندا الي وقت الدفع فيستند الضمان اليه ايضا قوله وان ضمن الثاني رجع على
الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد ويصح المضاربة
والربح بينهما لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء، وقد يحتاج الي الفرق بين هذا
وبين ما اذا مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن
وان شاء ضمن المرتهن فان ضمن الراهن صح الرهن كما صحت المضاربة وان ضمن المرتهن
فالمرتهن يرجع بما ضمن على الراهن وبالدين ايضا ولا يصح الرهن مع ان قرار الضمان
على الراهن كما ان قرار الضمان هنا على المضارب وقال الشارح في الفرق ان استرداد
القيمة كاسترداد العين فينتقض قبض المرتهن باسترداد المستحق القيمة وبدون قبضه لا يكون
مرهونا وضمنا ايضا استرداد المثل كاسترداد العين ولكن لا يتعلم ابتداء اليد للمضارب على
المال واستدامته ليس بشرط لحكم المضاربة حتى لورد المضارب المال على رب المال واستعان
به في التصرف كان الربح بينهما على ما شرطا ولورد المرتهن المرهون على الراهن بعارية او غيرها
خرج من ضمان الرهن وفيه نظر لان العين ان كان لا يبقى مضمونا بحكم الرهن عند خروجه
عن قبض المرتهن فلا يخفى انه اذا عاد الي قبضه يعود مضمونا لما عرف ان الرهن لا يبطل بالخروج
عن قبضه والقيمة ان صارت مستردة بتضمين المرتهن فقد يعود اليه بتضمينه للراهن فيبطل حكم
تضمين المستحق فيصير كانه لم يسترد القيمة عن المرتهن وقد ذكر الشارحون فرقا اخر ولكنه
لا يعرف من الحق شيئا وسنذكره في الرهن فالاوضح في الفرق ان يقال ان المضاربة بين الاول
والثاني وقعت صحيحة لا فاسدة كما اشار اليه المصنف به بقوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة
فاذا كانت فاسدة لا يضمن الاول لان الثاني اجير وله اجر مثله فلا يثبت الشركة فهذا تصريح بان المضاربة
بين الاول والثاني صحيحة اذا خلت عن المفسدات وهذا لان للمضارب الاول نصيبا في الربح
فاذا اشترط لغيره شيئا من نصيبه جاز غيرانه عند شركته يضمن للاول لانه خلط مال غيره بماله
بدون امره واذا ضمن يكون الربح بينهما على ما شرطا وهذا هو المراد بقوله صحت المضاربة اي يكون
الربح بينهما على ما شرطا وليس المراد انها لم تكن صحيحة ولكن صحت بعد الضمان لانه لو لم يكن
صحيحة لم يجب الضمان على الاول على ما نطق به قوله وان كانت فاسدة لا يضمن الاول بخلاف
مسئلة الرهن فانه ظهر عند الاستحقاق انه رهن عبد غيره وهو باطل لان الرهن ايفاء، والايفاء
بمال غيره باطل فحين ضمن المستحق المرتهن ظهر انه كان رهن عبد غيره فيبطل وبتضمين المضارب
الثاني وان ظهر انه دفع مال غيره مضاربة ولكن هذه المضاربة صحيحة لان ايداع وابضاع فيصح
ذلك من المضارب واشتراط لمضاربه شيئا من الربح لا يوجب الفساد لان له نصيبا من الربح فجاز لت

بشرط

سابقان

بشرط لغيره شيئا من نصيبه الا انه اذا ربح الثاني وصار شريكه في الربح حصل خلط مال غيره
بمال رب المال فيضمن له والحاصل ان المضارب الاول والراهن اذا ضمن للمضارب الثاني
والمرتهن يملك كل واحد المضمون من وقت التسليم لان سبب ضمان المضارب الاول للثاني
والراهن للمرتهن هو تسليمه لانه الموجب للغرور والملك يستند الي سبب الضمان فيظهر
بعد الضمان ان المضارب الاول دفع مال رب المال مضاربة وان الراهن رهن عند غيره
اذا المضاربة والرهن على التسليم لان رهن عبد غيره بالملك ودفع مال رب المال الي غيره
مضاربة صحيح فيما بينه وبين الثاني على ما مر وهذا بخلاف ما اذا ضمن المستحق الراهن لان
المستحق انما يضمنه بالقبض السابق على الرهن فيملكه بعد الضمان من حين القبض فيظهر
انه رهن عبد نفسه فيتم الاستيفاء بالرهن عند الهلاك ثم يشكل بما اذا كان الراهن مودعا
لانه يضمنه بالتسليم سواء ضمن المستحق الراهن او المرتهن فيجب ان يبطل الرهن في الوجهين
جميعا فيرتكب في تنافذ رهن المودع عند اداء الضمان الي المستحق روايتين قلنا ان نمنع
ثم قوله لانه مغرور من جهته في ضمن العقد مشكل لما مر في باب الاستحقاق من الاشارة الي ان
الغرور انما يوجب الضمان في ضمن عقد المعاوضة حيث قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر
وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غائبا لا يدري ان يرجع المشتري
على المشتري العبد ورجع هو على المولى وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجد حرا لم يرجع عليه
على كل حال الي ان قال ولهما اي لابي حنيفة ومحمد بن وهو ظاهر الرواية ان المشتري
في الشراء معتمد على امره واقراره انه عبد فيجعل ضامنا للثمن لم عند تعذر رجوعه على البايع
دفعا للغرور والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف
الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة
هذا كلامه ففيه اشارة ظاهرة الي ان الغرور لا يوجب الرجوع الا في ضمن عقد المعاوضة حتى
لم يجعل موجبا للرجوع في ضمن عقد الرهن مع انه معاوضة من وجه فلان لا يوجب في ضمن
عقد المضاربة وانه ليس بمعاوضة اصلا اولى فجعل المضارب الثاني راجعا على الاول بحكم
الغرور في ضمن عقد المضارب مع التصريح بان الغرور لا يوجب الضمان في ضمن عقد لا
معاوضة فيه في غاية الاشكال الا يرى ان الغرور في ضمن عقد الهبة لا يوجب الرجوع على
على الواهب حتى لو استولد الجارية الموهوبة ثم استحقت لا يرجع بقيمة الولد على الواهب واما
المودع فانما يرجع بما يلحقه من الضمان عند استحقاق الوديعة على المودع باعتبار انه عامل لا جل لا
للاجل الغرور وان اجيبنا لا نسلم ان المضاربة ليست بعقد معاوضة بل هو استيجار ببعض الربح

رجوعه

وقد نص على ذكره كما ... ايضا ... والمستحق ... على الواهب ... بخلاف ... ولا يستحق ... للتصحيح ... هذا كلامه

حتى كان التباس فيه وهم الجواز لانه في معنى تمييز الطحان الا انها جوزت بالتعامل والحاجة وكان
الغرور فيها موجبا للرجوع كما في ضمن عقد البيع قلنا نعم ان المضاربة وان كانت استيجارا بعض
الدرهم في لبث باستيجار بالنسبة الى راس المال بل هو امانة محضة والكلام في ضمان راس
المال وبالنسبة اليه لا معاوضة اصلا قوله لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا قلت
هذا يشعر بان يد المحجور ايضا معتبرة وقد صرح في الذخيرة بان يده غير معتبرة حيث قال رجل وهب
لعبده جارية وقبضها العبد ثم اراد الرجوع والمولى غايب فان كان العبد ماذونا كان له ذلك لانه
يدعي حقا فيما هو كسب الماذون بعقد جرى بينه وبين الماذون كما لو ادعى شيا في يد الماذون انه
اشتري منه وان كان محجورا عليه لم يكن له ذلك لانه فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى
الا يرى ان من ادعى عينا في يده انه اشتراه من المحجور لا ينتصب خصما له والفقه ان للماذون يدا معتبرة
على ما في يده كالمكاتب وليست للمحجور على ما في يده يد معتبرة ولهذا لو باع ما في يده لا يجوز بيعه
وان كان من كسبه ولما كان كذلك كان رجوع الواهب في الوجه الاول متضمنا لابطال يد العبد
وكان هو الخصم في ذلك فلا يشترط حضرة المولى وفي الثاني متضمنا ابطال يد المولى حكما وكان المولى
هو الخصم فيشترط حضرته هذا النظم قوله ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان
محجورا عليه قلت هذا اذا لم يعلم المودع انه كسب العبد او مال المولى اما اذا علم بذلك فللمولى
ان ياخذ كذا في الذخيرة وذكر في الجامع اذا كان للعبد وديعة عند رجل او غصب منه الف
درهم فاقر الذي عنده المال ان الذي دفع اليه المال عبد هذا الرجل وصدقه المولى فان
القاضي لا يامره بدفع المال الى المولى لان العبد هو الخصم فيما هو في يده هذا اذا اقر ان
المال وصل اليه من جهة عبد المدعي ولم يقر بالملك للمدعي وكذا اذا اقر بكونه ملكا له لا يجبر
القاضي على التسليم اليه لانه اقر انه ماله لكنه اضاف قبضه على انه وصل اليه من جهة الغايب فقبله
نفاذا انه ليس بخصم كما اذا ادعى عينا في يد انسان وقال ذو اليد ان فلانا اودعه او غصب
منه وصدقه المدعي في ذلك لا ينتصب خصما كذا ههنا كذا في الفصول قوله لان المولى بمنزلة
الاجنبي عنده الصواب ان يقول لان المولى اجنبي عنده لما عرف ان المولى لا يملك اكتساب الماذون
المديون عند ابي حنيفة رح وعندهما يملك ولكن حق الغرماء مقدم فيكون المولى اجنبيا عنه حقيقة وعندهما
بمنزلة الاجنبي الا ان يقال المراد من الاجنبي هو الاجنبي من العبد دون اكسابه لان المولى بمنزلة
الاجنبي من العبد عنده لانه لا يملك اكسابه كما لا يملكه الاجنبي وعندهما ليس بمنزلة الاجنبي عن
العبد لانه يملك اكسابه قوله صح عند ابي حنيفة رح يشير الى انه لا يصح عندهما اذ لو كان صحيحا عندهما
ايضا لما ذكر في الجامع الصغير الشاهانية من حيث ان المولى وان كان يملك كسب عبده الماذون المديون

عندهما لكن لتقدم حق الغرماء هو كالاجنبي فيصح ان يشترط عمله مع المضارب لم يكن للتقييد بقوله
عند ابي حنيفة فايدة ثم ذكر في الحاشية ما يتامل فيه ولو كان ما ذكر فيه صحيحا لكان رواية
عنهما غير رواية اشير اليها في المتن قوله ولحق بدار الحرب لعل تقريره لحوقه بدار الحرب بان قضي
بلحوقه بها قوله بطلت المضاربة وهذا ان لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد مسلما جاز جميع ما فعل
من البيع والشراء وكان عقد المضاربة على ما شرطا بخلاف الوكالة فان الموكل اذا ارتد ولحق
بدار الحرب ثم عاد مسلما لم يعد الوكيل على وكالته اما اذا لم يتصل قضاء القاضي بلحوقه فلان
هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب عزل الوكيل ولا بطلان المضاربة اما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل
انما ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل اما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات
حقيقة كذا في الشرح ولا يخلو عن نوع اشتباه لانه ان تعلق بالتصرف حق المضارب لا يبطل
المضاربة اصلا سواء عاد رب المال مسلما او لم يعد كما لو مات حقيقة وان لم يتعلق به حقه بان
صار المال ناضا يبطل المضاربة مطلقا عاد مسلما او لم يعد لان المضارب بعد ما صار المال ناضا
يكون في حكم الوكيل حتى ينعزل بالموت وباللحوق بدار الحرب مرتدا اشير اليه في الحاشية عند قوله
وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها حيث ذكر فيها الارتداد واللحوق بالعطف على
الموت فقال والارتداد واللحوق بدار الحرب ولفظ الكافي وعلى هذا موت رب المال ولحوقه
بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكان المعنى لان رب المال اذا مات او لحق بدار الحرب مرتدا
والمال عروض فله ان يبيعها وان كان ناضا بطلت المضاربة فهذا تصريح بان اللحوق بدار الحرب
مرتدا في حكم العزل فالتقييد بقوله وهذا اذا لم يعد مسلما مما لا يعرف له وجه قوله فالمضاربة
على حالها يشير الى ان العهدة ورجوع الحقوق بعد الردة على المضارب وهذا عند ابي يوسف
ومحمد فاما عند ابي حنيفة فالمضاربة وان بقيت بعد الردة لكن الحقوق فيها لا يرجع الى
المضارب اذ لو لزمته الحقوق لقضى من ماله ولا تصرف له في ماله فالمضاربة عنده ليست على حالها
بل تغيرت حالها من رجوع العهدة الى عدم رجوعها الا ان يراد بقوله على حالها انها باقية لم تبطل
بالردة فيكون عند الكل قوله وانما يظهر الربح بالقسمة وفي هذا نوع مخالفة لما سبق في مسألة
الجارية من قوله واذا ازدادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فهذا تصريح بان الربح يظهر بمجرد ازدياد
القيمة قبل ان يقع القسمة وجوابه ان المراد بالظهور هو التميز والتعيين لان الربح
انما يتميز عن راس المال بالقسمة فلا مخالفة قوله استحسانا لان الربح لا يظهر الا به والقياس
ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة من حيث الثمنية وقد استحسنوا الاخذ بهذا القياس فيما اذا
كان راس المال دراهم فاشترى بها دنانير حيث يتوقف ذلك على المضاربة استحسانا ولا يكون ذلك استبدالا

عليه وذلك ان الدراهم والدنانير كالجنس الواحد في الثمنية فصار كما لو اشتري بالدراهم اما
اذا اشتري بالمكيل نفذ علي المضارب لا علي رب المال لانه استدانة فلا ينفذ علي المضاربة
قوله فلابد من توكيله وتوكله ولا يقال ان الوكيل من يعمل للغير ورب المال في اقتضاء
الديون عامل لنفسه لا للموكل فانعدم ركن الوكالة لانا نقول ان المضارب اصل في حقوق
لانه العاقد فيمكن ان يستقبل رب المال ولانه اقتضاء منه بنيابته ويجعل قبضه اولا للمضارب
ثم لنفسه بخلاف الكفيل اذا توكل من المكفول له بقبض دينه من المكفول عنه فانه لا يصح
لانه لا يصير عاملا للموكل اصلا وهو عامل لنفسه في فكاك ذمته عن المطالبة ولا يتصور انفكاك
عمل لنفسه عن عمل لغيره فاما ههنا فيتصور ان يجعل قبضه اولا للمضارب ثم لنفسه كالغريم قوله
زيادة الدين وقد يقال المضاربة عقد غير لازم فكان لبقائه حكم ابتدائه ولو ابتداء المضاربة
بعد اقتسام الدين ثم هلك بعض المال او كله لم يتراد الربح فكذا هذا قوله وليس له ان يشتري
سفينة للركوب قال الشارح وهذا الحكم في المضارب الخاص بنوع كالطعام مثلا اما اذا لم يخص
رب المال بالتجارة في شيء بعينه كان له شراء السفينة والدواب لانه ذكر في المبسوط ولو كان
رب المال اليه مضاربة بالنصف ولم يسم ما يشتري به فاشتري به طعاما وسفينة يحمل عليها الطعام او اشتري
دواب جاز ذلك علي المضاربة لانه يملك التجارة في المدفوع اليه مطلقا وجميع ما اشتري به من
عقود التجارة فاما اذا دفعه اليه مضاربة علي ان يشتري الطعام خاصة فله ان يستاجر لنفسه دابة
اذا فرح في الطعام خاصة كما يستاجر للطعام لانه لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع تجارته في الطعام
وله ان يشتري حمولة يحمل عليها الطعام فان ذلك من صنيع التجارة فان اشتري سفينة يحمل عليها الطعام
فان ذلك لا يجوز علي رب المال لان شري السفينة لا يعد من توابع التجارة في الطعام ثم لو نظر قلت
ما ذكر في المبسوط لا يدل علي تقييد الحكم المذكور في الكتاب بما اذا خص رب المال بالتجارة في شيء
بعينه لان ما ذكر فيه يدل علي ان عقد المضاربة لو كان مطلقا فللمضارب ان يشتري سفينة يحمل
عليه الطعام للتجارة والمذكور في الكتاب هو نفي شرائها للركوب حيث قال وليس له ان يشتري
سفينة للركوب وجاز ان يكون للمضارب شراؤها دون الركوب قوله وما اشبه ذلك وما اشبه
ما اذا كان راس المال الف درهم فاشتري شيئا بالمكيل او الموزون شيئا لا ينفذ علي المضاربة فاما
اذا كان راس المال دراهم فاشتري بدنانير او بالعكس يقع علي المضاربة لاتحادهما في الثمنية وقد
يحتاج الي الفرق بين المضارب والوكيل فالمضارب اذا اشتري بالدراهم وراس ماله دنانير او بالعكس
نفذ علي رب المال فاما الوكيل اذا اشتري بالدراهم والموكل وكله بالشري بالدينار او بالعكس
نفذ علي الوكيل قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة قال الشارح فهذا يقتضي ان يكون

المدفوع الي رب المال بعض مال المضاربة وتقييده برفع البعض توهم ان الحكم في دفع الكل بخلافه
وليس كذلك قلت معناه ولو دفع شيئا او محمل علي حذف المعطوف وانما لم يذكره اكتفاء بالدليل
الا قوله ولنا ان التخلية الي اخره يوجب التسوية بين دفع البعض والكل قوله والمضارب
في المصر ساكن بالسكن الاصلي فان قلت كونه ساكنا بالسكن الاصلي لا ينافي ان يكون محبوسا
بحق غيره اذا كان مشغولا بما ينفعه الا يري ان القاضي نفقته في مال العامة وان كان ساكنا
في مصره لاستغاله بما ينفعهم وبالجملة ان الحبس بحق الغير يتحقق باشتغاله بما ينفعه ولا يحتاج الي
الانتقال عن سكناه الاصلي اجيب بان المضارب كما هو عامل لرب المال فهو عامل لنفسه ايضا
فاعتبر محبوسا بحق الغير اذا خرج عن منزله وبحق نفسه اذا كان ساكنا بالسكن الاصلي عملا بالاعتبار
قوله حاصل الجواب لان الثمن كله علي المضارب قلت وقع في بعض المواضع ان شري
الوكيل يوجب دينين دينا للبايع علي الوكيل ودينا للوكيل علي الموكل وفي بعضها ان الثمن
يجب علي الموكل ولكن المطالبة علي الوكيل وقد ذكرنا هاتين الروايتين قبل بالاقتضاء
وايا ما فالموكل وهو رب المال هنا يجب ان تعلم الفا وخمسماية بمجرد الشري لكن علي
الرواية الاولي للوكيل وعلي الثانية للبايع فما وجه جعله حاصل الجواب بالنظر الي اخر
الحال قوله فلا حاجة الي القسمة فان قلت هلا يكون القضاء بالرجوع علي رب المال بثلثة ارباع
الثمن قسمة كالقضاء بالفداء اجيب بانه لا معني للقسمة هنا سوي الحكم بملك كل واحد في
جزء شايع اذ لا يمكن لا قرار في العبد غير ان القضاء بالفداء علي كل واحد قضاء بالملك لكل
منهما في جزء شايع اذا الفداء علي اعتبار الملك اما الرجوع علي رب المال فليس باعتبار انه ملك
ثلثة ارباع العبد بل باعتبار ان المضارب نايبه في شراء ثلثة الارباع فكان الملحوظ في القضاء
بالرجوع هو نيابة المضارب لا ملك رب المال فلا يعتبر ذلك قضاء بالملك لانه غير ملحوظ فيه
وان كان من لوازمه والقسمة هنا هو القضاء بالملك وهو غير ملحوظ في القضاء بالرجوع والله اعلم
قوله ولان العبد كالزايل عن ملكهما ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما وقد
يشكل بالولد وولد المرهونة ولد فقتل انسانا خطاء ففداه المرتهن فهو رهن مع امه علي حاله
فلو كان الفداء من ولي الجناية كابتداء الشراء منه وجب ان يبطل الرهن كما يبطل المضاربة
وجوابه ان ولد المرهونة اذا جني لا يجب علي المرتهن تخليصه لانه ليس في ضمانه بل يخاطب
المولي بالدفع او الفداء ابتداء ولما لم يجب عليه تخليصه صارت الجناية في حقه كالعدم فلا يظهر
حكم الفداء في حقه فلا يبطل الرهن بخلاف مال المضاربة فان الجناية ظهرت في حقهما فيصير
كالزايل عن ملكهما فيظهر حكم الفداء في حقهما وبخلاف ما اذا جني العبد المرهون ففداه الراهن

بعدما اتى المرتهن الفدا، بطل حكم الرهن وسقط الدين لان جنايته ظهرت في حقه حتى يخاطب بتخليصه اولا فيكون فداء المداهن كابتداء الشراء في المرتهن ايضا فيسقط الدين ويبطل الرهن **قوله** لان المال امانة في يده **فان قلت** يشكل بما ذكر في الذخيرة ان الغاصب اذا دفع المال المغصوب مضاربة ثم اشتراه رب المال صحت المضاربة لان قيام الملك في راس المال وقت عقد المضاربة ليس بشرط لصحة المضاربة لان دفع المال مضاربة ليس الا توكيلا بالشراء والشراء بالدراهم المغصوبة جائز فكذا التوكيل به ووجه الاشكال ان المضاربة تصح بين الغاصب ومضاربه مع ان المال مضمون في يد مضاربه لان غاصب الغاصب **اجيب** بان المراد بكون المال امانة في يده كونه امانة بالنظر الى الدافع وفي حق الدافع المال امانة في يد المضارب غاصبا كان او مالكا **قوله** وهو على الامانة بعد ذلك مالم يعمل الوكيل فيقبضه بعد الشراء فلا يرد ما ذكر انه على الامانة لان قبضه كان قبض امانة ولا امانة اينوب من قبض لاستيفاء المضمون له اذا جدد القبض للاستيفاء وجب ان يعتبر مستوفيا لان للوكيل بمجرد الشراء يصير بايعا من الموكل وينعقد بينهما مبادلة حكمية وعلى ما مر فيجب دين للوكيل على الموكل فيتمكن من الاستيفاء **اجيب** بانه لا مبادلة بين الموكل والوكيل حقيقة حتى لا يستحق بها الشفعة ولا يهلك المبيع مضمونا على الوكيل قبل ان يحبسه ولكن بينهما مبادلة حكمية من حيث ان المشتري يسلم للموكل من جهة الوكيل ففي احتيج الى اعتبار المبادلة يعتبر هذه المبادلة الحكمية وحيث لا يحتاج اليه يعمل بالحقيقة وقد احتيج الى اعتبارها فيما لم يدفع الموكل المال الى الوكيل قبل الشراء تمكينا للوكيل من الرجوع اذ لا وجه لرجوعه سوى اثبات دين على الموكل ولا ذلك الا باعتبار هذه المبادلة اما اذا دفع الموكل المال قبل الشراء فلا يحتاج الوكيل الى الرجوع ولا حاجة بنا الى اعتبار هذه المبادلة فلا يثبت دينه عليه فلا يكون له ولاية الاستيفاء فيكون المال امانة في يده بعد الشراء ايضا ولو هلك هلك من مال الموكل واذا هلك يثبت له ولاية الرجوع فيظهر دينا على الموكل **قوله** ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح اي في القدر المشروط للمضارب من الربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف الربح **قوله** وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت بينته اي بينة رب المال يقبل فيما ادعى من الفضل في راس المال وبينة المضارب يقبل فيما ادعى من الفضل في الربح كذا في الشروح وذكر في بعض شروح الاصل ان البينة بينة المضارب اذا ادعى المضاربة فان الملك لرب المال ثابت في كل قدر لا يقوم عليه الحجة للمضارب لكون البعض راس ماله وكون البعض نماءه فلا يكون الثبوت بالبينة والجواب ان النزاع هنا وقع في قدر راس المال والقدر المشروط له في الربح والثابت لرب

فصل لاختلاف

المال بلا بينة هو ملك الكل وبينته لا يقوم على الملك بل على مقدار راس المال ومقدار الربح وهو غير ثابت بلا حجة بل القول في مقدار راس المال قول المضارب لكونه قابضا فظهر ان بينة رب المال تقوم على ما هو غير ثابت له بدون الحجة وهو قدر راس المال وما هو ثابت بلا حجة وهو الملك في الكل فالبينة لا يقوم عليه فاستوت بينة رب المال والمضارب في ان كل واحد منهما يثبت ما ليس بثابت فيترجح بينة رب المال في مقدار راس المال لكونها اكثر اثباتا ويترجح بينة المضارب في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا فيه فلا يكون الثبوت بالبينة غير مسلم لان ما قامت عليه البينة وهو قدر راس المال وقدر الربح ثبوته بالبينة ليس الا **قوله** ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر ولو انعكست صورة المسئلة بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة فقد اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه يدعي للضمان والبينة بينة المدعي كذا في الشروح وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما ذكره الشارح نقلا عن الكافي قبيل باب فسخ الاجارة حيث قال واذا دفع الى اخر عينا ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الاخر هبة كان القول قول من يدعي القرض وعلل بان العين متقوم بنفسه والاخذ يدعي الابراء عن قيمته ووجه الاشكال ظاهر **قوله** والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة قال الشارح ان رب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال اولى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان والبينات لاثبات العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا ما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح بما عن انتفى لفظه والجواب ان رب المال وان كان يحتاج الى اثبات ما ادعاه ولكن لا يحتاج في اثباته الى البينة لان ما ادعاه يثبت بقوله اذ القول هنا لرب المال فيكون بينته مثبتة لما هو ثابت بقوله فيكون بينة المضارب اكثر اثباتا فيكون اولى بالقبول كبينة الخارج مع بينة ذي اليد على الملك المطلق والى هذا اشار المصنف بقوله وعدم حاجة الاخر الى البينة يعرف ذلك بالتامل والله اعلم بالصواب

كتاب الوديعة

في الصحاح ودعت زيدا دابة اي دفعتها اليه وديعة وبدير فتى ادكب ودعته دا وهو من الاضداد لبستودع ...... وديعة ...... **فان قلت** الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معنى واحد فكيف جوز بينهما المبتدا والخبر قيل الوديعة خاصة والامانة

عامت وحمل العام على الخاص صحيح فالوديعة هي الاستحفاظ قصدًا والامانة هي الشي الذي
وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره والحكم في الوديعة
ان يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام
الكردري به والاولى ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون وكان قولنا هو امانة عنده
لي غير مضمون من غير تفاوت بين اللفظين حتى ان لفظ الامانة ستعمل استعماله في جميع الصور
التي لا ضمان فيه والوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول وكانا متغايرين كذا في الشرح قلت
انما كان الوجه الثاني اولى لان الاول يخالف ما ذكره المصنف به قبيل باب اقرار المريض حيث
قال ولا كذلك في مسئلة الوديعة حيث قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير منيحة فلا جعل
الوديعة بمعنى الامانة فالموافق للكتاب هو الجواب الثاني فكان اولى ولان التفسير المذكور
للوديعة والامانة يخبر باشتراط الاستحفاظ في الوديعة واشتراط عدمه في الامانة فيكونان
متباينين لا ان يكون الوديعة اعم من الامانة ومتى كانا متباينين لا يصح حمل احدهما على
الاخر والعجب ان الشارح اثبت بين الوديعة والامانة عموما وخصوصا فجعل الوديعة اخص
من الامانة ثم فسرهما على وجه يوجب التباين بينهما قوله فيعطل مصالحهم في الصلاح العطل
في بيرانيه ما ندت تعطل كذلك ويستعمل العطل في الخلو من الشي وان كان اصله في الحلي
قوله عياله في الصلاح عيال الرجل من ينفق عليه وهو كمن ينفقهن ومونته او بائد قوله
يختلف في الامانة وجودا وعدما او قوة وضعفا قوله فيرتضيه الا قتضار خصوص مثبت وتبديل
قوله انها من موجبات الشركة فلا يصلح موجبا ولقائل ان يقول في الموجب للشركة هنا انما
هو امكان الوصول الى عين حقه بالقسمة وذا ليس من موجباتها بل موجبها فعل القسمة اذ
تحقق القسمة فاما الموجب للشركة وهو امكان الوصول الى الحق على تقدير القسمة ليس بموجب لها
وما هو الموجب وهو القسمة او حقها ليس بموجب لها فاني يتحد الموجب والموجب قوله ولو ابرأ
الخالط لا سبيل له على المخلوط لي لا يكون له حق الشركة في المخلوط كما قالا وانما الابراء عنده في
اسقاط حق التضمين لا في تعيين حق الشركة في المخلوط وعندهما اثره في تعيين حق الشركة في
المخلوط واسقاط حق التضمين تبعًا قوله وعندهما يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط
فان قلت لا براءة من الضمان قبل الوجوب ولا يجب الضمان للمودع الا بعد اختياره التضمين
لانه عنده مخير بين الخيرتين فلا يتعين حقه في الضمان الا بعد اختيار التضمين فيتضمن الابراء اختيار
الضمان ولو ابرأ بعد اختيار الضمان لا يكون له سبيل في المخلوط كذا هذا اجيب بانه لا صحة للابراء
عن الضمان عندهما الا بتقدير اختيار التضمين اقتضاء او يصرف الابراء الى حق التضمين بحيث ابرائك

من حق التضمين والاول يوجب بطلان حقه في الشركة والثاني لا يوجبه فلا يبطل حقه
بالشك او نقول الاول يوجب بطلان حق المشاركة والثاني لا يوجب وكان اقل من الاول والحمل
على الاقل هو المتعين عند الحاجة الى التصحيح قوله في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر
فتعذر التمييز والقسمة وقد يشكل بان الحنطة لما لا يخلو عن حبات الشعير ينبغي ان ينقطع حق المالك
فيما اذا خلط الحنطة بالحنطة اذ خلط الحنطة بمثلها اذن كخلط المخلوط بالمخلوط وفيه ينقطع حق المالك
عندهما وايضا الحنطة المغصوبة لو هلكت يجب عليه المثل فلو كانت الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير ينبغي
ان لا يجب المثل في الحنطة اصلا لان المخلوط غير مثلي وكذا لا يجوز بيع الحنطة بجنسها متفاضلا ولو
كانت لا تخلو عن حبات الشعير لكان ينبغي ان يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وليس فليس وجوب
المثل وجريان الربوا في الخالص مقادرين لما فيها حبات الشعير فلذا قلنا فذلك اعتراف منك بان
الحنطة قد تخلو عن حبات الشعير فلا يصح قوله ان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر ولئن حمل قوله
لا يخلو عن حبات الاخر على الغالب كان ينبغي ان يكون المسئلة على التفصيل لئن خلط الحنطة
التي فيها حبات الشعير بالشعير الذي فيه حبات الحنطة ينقطع حقه في ضمان القيمة بالاجماع وان
خلط الحنطة الخالصة بالشعير الخالص ينبغي ان لا ينقطع حق المالك بالاجماع لامكان التمييز ولا
تفصيل في المسئلة على انا ذكر في المحيط انه اذا باع حنطة بحنطة وفي كل واحد من الجانبين حبات
شعير انه لا يجوز لا متماثلا لان الشعير مغلوب فالجواب ان ما يكون في الحنطة من حبات الشعير
او في الشعير من حبات الحنطة يكون في غاية القلة ومثله غير متقوم حتى لو باع حبة او حبتين
لا يجوز لعدم التقوم فاذا لم يكن متقوما لا يصح صرف الجنس الى خلاف لانه مبادلة ولا بد لها
من التقوم وكذا يجعل تابعا للمتقوم في حق الضمان لان الضمان مبني على التقوم وهو لا يتقوم
الا في ضمن الكثير فيكون الاعتبار في الضمان للكثير وهو مثلي فيجب بالغصب المثلي دون القيمة
ثم لما لم تخرج الحنطة عن المثليات بحبات شعير يكون فيها تصلح للقسمة بطريق الخبر وهو الموجب
لبقاء حق المالك عندهما فلا ينقطع ما خلط المخلوط بالمخلوط فيوجب الانقطاع لتعذر التمييز والقسمة
لانهما من غير ذوات الامثال وقسمة الخبر لا يجري فيها قوله فان انفق المودع بعضها ثم رد
مثله فخلط بالباقي ضمن الجميع قيد بالانفاق ورد المثل لانه اذا اخذ بعض الوديعة لينفقه في
حاجته ثم بدا له فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لانه رفع حفظه فلا يكون موجبا
للضمان عليه فبقي بمجرد نية الانفاق في حاجته وبمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى الغصب وان
صار ضامنا بالرفع فقد عاد الى الوفاق لرد العين الى مكانه وذلك يبريه عن الضمان بخلاف
ما اذا رد مثله لانه خالط ملك نفسه فوضعه مكان ما انفق وهذا لا يكون عودا الى الوفاق وهنا

فكذا هنا خلط الحنطة بمثلها لا يوجب انقطاع حق المالك

جا بالوديعة بعينها فيتحقق عوده الي الوفاق وهذا اولى من الوجهين عندي فانه لو باعها وضمنها نفذ
البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الي وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجبا
للضمان قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الي تلك الحالة فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة
ان البيع نافذ فعرفنا انه لا وجه من الطريق الثاني كذا في النهاية قلت مسئلة البيع لا ينهض
دليلا علي كونه ضامنا بالرفع لان الرواية منصوصة ان النافذ من المودع في هذه الصورة هو البيع
الذي ينعقد بالتعاطي بقبض المشتري لا البيع القولي المتقدم علي التسليم فقد ذكر في التاتارخانية في
كتاب الرهن في مسئلة وهي من استعار من غيره ثوبا ليرهنه قال ابو حنيفة رض في المودع اذا باع الوديعة
وضمن ان البيع لا ينفذ بل يثبت بيع اخر بالتعاطي فيتقدم الملك علي العقد علي هذا الاعتبار
لان الملك يثبت للمودع من وقت التسليم وبقبض المشتري بعد ذلك يثبت البيع بالتعاطي فالملك
سبق بخلاف ما لو ضمن المشتري من المودع حيث لا ينفذ لان الملك للمودع هنا يثبت بطريق الانتقال
من المشتري فيما فرعت قبض المشتري الذي يثبت به البيع بالتعاطي فلا يجعل نفاذا اصلا الي هذا
النظر فظهر ان مسئلة البيع لا يصلح دليلا علي كونه ضامنا بالرفع لانه انما يكون دليلا عليه ان لو
كان النافذ هو البيع القولي وهو ليس بنافذ علي ما ذكرنا من التنصيص عن ابي حنيفة رضي الله عنه
وايضا بيع المودع نافذ مطلقا سواء كان البيع بعد الرفع او قبله فلو كان النفاذ لكونه ضامنا بالرفع
لما كان نافذا اذا وجد قبل الرفع والرواية مطلقة وايضا المودع لو ضحي بالشاة المودعة لم
يجز وعلله المصنف في الاضحية بانه تضمن بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح فلو كان الموجب
للضمان هو الرفع لكان ينبغي ان يصح تضحيته لانه يضمن ح بالرفع لا لاجل الذبح فيثبت الملك له
قبل الذبح نعم ذكر في المحيط في الفصل الحادي والعشرين من كتاب البيوع المودع اذا باع الوديعة
وضمن القيمة للمودع انه ينفذ بيعه وطريقه انه وان كان امينا في العين الا انه لما اشتغل بالبيع
وتهيا لذلك فقد صار القبض لنفسه فيصير ضامنا بالقبض السابق علي البيع فعند اداء الضمان يثبت
الملك له من ذلك الوقت فكان ثبوت الملك سابقا علي البيع والتسليم فينفذ البيع هذا لفظه
فهذا يدل علي ان الاشتغال بنحو البيع والانفاق والقيا لذلك تصير للقبض من الامانة الي المضمون
فكان الرفع لذلك نافذا موجبا للضمان قوله ولو خلط المائع بجنسه اعلم ان المصنف جعل مسئلة خلط
المائع بجنسه علي ثلاثة اقوال احدها انقطاع حق المالك الي الضمان وهو قول ابي حنيفة رح والثاني
جعل الاقل تابعا للاكثر وهو قول ابي يوسف رح والثالث الشركة من غير خيار وهو قول محمد رح وجعل
مسئلة خلط الجنس بالجنس مجاورة كخلط الدراهم البيض بالبيض علي قولين احدهما انقطاع حق
المالك الي الضمان وهو قول ابي حنيفة رح والثاني التخيير من التضمين والمشاركة في العين وهو قولهما

ولكن الفرق بين خلط المائع بجنسه وهو خلط ممازجة وبين خلط الدراهم البيض بالبيض
منها وهو خلط مجاورة علي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مشكل لاستواء خلطي الممازجة وخلط
المجاورة في الاستهلاك صورة وعدم معنى امكان القسمة فلا وجه يعرف للتفرقة بينهما
في الجواب كما هو وذكر في الكافي لان الخلط خلط مجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض
بالسود وانه لا يقطع حق المالك اجماعا وخلط مجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير
وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان وخلط الجنس بخلاف الجنس ممازجة كخلط الخل بالزيت
وكل مائع بغير جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الي الضمان بالاجماع وخلط الجنس بالجنس
ممازجة او مجاورة كخلط دهن اللوز او اللبن باللبن او الحنطة بالحنطة او الدراهم البيض
نقل ابي حنيفة هو استهلاك مطلق لا سبيل لصاحبه الا تضمين المودع وعندهما لا ينقطع حق المالك عن
المخلوط بل له الخيار ان شاء ضمن الخالط وان شاء شاركه في المخلوط ثم قال وهذا اذا خلط الدراهم
بغير اذنه فاما اذا اذابها فجولب ابي حنيفة لا اختلاف بل ينقطع الملك بكل حال وعن ابي يوسف
انه جعل الاقل تابعا للاكثر وقال محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس
عنده كما اذا شرب صبي لبن امرأتين وقد مر تحقيقه في الرضاع وكذلك ابو يوسف رحمه الله في
كل مائع خلط بجنسه يعتبر الاكثر وابو حنيفة يقول بانقطاع حقه في الكل هذا كلامه وانه مشكل
حيث اشار اولا الي ان خلط الجنس بالجنس كخلط اللبن باللبن يوجب انقطاع حق المالك
عنده والتخيير بين التضمين والمشاركة عندهما واشار اخرا الي ان خلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط
الدراهم المذاب بالمذاب واللبن باللبن يوجب انقطاع حق المالك الي الضمان عنده وعند
ابي يوسف الاقل تابع للاكثر وعند محمد رحمهما الله شركه بغير تخيير وهذا كما ترى مما يحتاج
الي مزيد تامل قوله والانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فيبقي الامر بخلاف ما اذا
كان بحضرته هذا يقتضي انه لو حمل بمحضر من المستودع ضمنها سواء طالبه بالرد اولا وقد ذكر
في الذخيرة انه لو حمل في وجه المودع من غير ان يطالبه بالرد بان قال ما حال وديعتي عندك
لينكره علي حفظها فجحدها لا يضمنها عند ابي يوسف كما لو جحدها علي وجه غيره قوله فليس
للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده كانه اراد انه ليس له ان يأخذه نصيبه جبرا والا فله ان يأخذه
اذا ظفر به قوله ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع ولهذا لو هلك الباقي في يد المودع فللغائب
ان يشارك القابض فيما قبض ولو هلك في يد القابض والقائم في يد المودع ليس للغائب ان يشارك القابض فيما بقي
في يد المودع كذا في التاتارخانية وفيه نظر لان دفع المودع لو كان لا يقع قسمة لانه ليس له
ولاية القسمة فلا يخفي ان احد الشريكين الحاضر نصيبه قسمة اذ القسمة في المثليات افراز محض

واحد الشريكين منفردا باخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولا يعني لتفرده باخذ نصيبه سوى انه منفرد بالقسمة ولا حاجة في قسمته الى رضا صاحبه وذلك انه افراز ولكل واحد من الشريكين والمثل لا فراز نعم ان اخذ احدهما نصيبه حال غيبة صاحبه لا تقع قسمته متقررة بل يحتمل النقض في نصيب صاحبه اذا هلك قبل قبضه اذ قسمة احدهما بانفراده لا يربوا على القسمة بالتراضي والقسمة في المثليات اذا وقعت ثم هلك نصيب احدهما قبل القبض انتقضت القسمة في حقه ويبقى في حق القابض كذا هنا وجب ان يقع احد الحاضر قسمة لانه ينفرد باخذ نصيبه ثم اذا هلك نصيب الغايب قبل القبض ينتقض القسمة في حقه ويشاركه في المقبوض اما لو هلك نصيب للقابض يجب ان لا يشاركه الغايب فيما بقي في يد المودع كما لو اقتسما بالتراضي ثم هلك نصيب احدهما قبل القبض ومعنى قوله ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع ان دفعه لا يكون لدفع الغايب حتى يقع قسمة في حقه بصفة التقرر وان كان اخذه يقع قسمة غير متقررة يحتمل للنقض هلاك نصيب الغايب فما ذكر في الشاهات من انه لو هلك في يد القابض فله ان يشارك الغايب محل تامل

قوله وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه اودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه ضمان اذا هلك في يده فاذا لحقه الضمان يرجع ولا يشكل بما وقع التصريح به في غير موضع من ان الغرور انما يوجب الضمان اذا كان في ضمن عقد المعاوضة حتى لا يستحق الموهوب وضمن الموهوب له لا يرجع على الواهب بما ضمن والمودع لم يباشر عقد الضمان لانا قد ذكرنا في غير موضع ان عقد المعاوضة انما يشترط اذا لم يكن المغرور عاملا للغار اما اذا كان عاملا له كالمودع والمرتهن فانه يرجع عليه وكذا ان لم يكن الغرور في ضمن عقد المعاوضة وذكره في الشاهات فان قلت اذا ضمنه فقد ملكه فينبغي ان لا يرجع على الاول قلت هذا معارض في موضع الاجماع فان الاول ضامن بالاجماع ويلزم من هذا عدم الضمان ثم لفظ الاوضح ان يقال ان الملك انما يثبت للثاني اذا اختار ترك التضمين اما اذا اختار تضمينه فالملك يثبت للاول لما عرف ان الملك يثبت لمن عليه قرار الضمان ولو سلم ان الملك يثبت للثاني فنقول انه يثبت له بعوض بالعقد وكان نفعا يشوبه ضرر وهذا الضرر جاء من قبل الاول فله ان يدفعه عن نفسه بالرجوع اليه قوله لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك لا بترك الحفظ وبهذا يظهر ان ما اختاره الشارح فيما قبل من ان المودع يضمن بمجرد دفع الوديعة للانفاق على نفسه غير سديد لان هذا تصريح بان المودع انما يضمن بترك الحفظ الملتزم ولا يخفى انه بمجرد الدفع لا يصير تاركا للحفظ والاستعمال ولا مستعملا لها فلا يصير ضامنا ثم ههنا يجب ان المودع اذا باع الوديعة

وضمن قيمتها ينفذ البيع فلو كان الموجب للضمان هو المفارقة وترك الحفظ لكان ملكه عند تضمينه متاخرا عن العقد اما عن القولي فظاهر وكذا عن المنعقد بالتعاطي لانه يثبت بقبض المشتري والملك يثبت مستندا الى وقت المفارقة وترك الحفظ لانه الموجب للضمان فتاخر الملك عن قبضه ايضا فينبغي ان لا ينفذ البيع اصلا وجوابه ان التعدي وان كان يثبت بالمفارقة ولكن مستندا الى وقت الدفع وذلك ان المالك ما رضي بدفعه الى غيره الا بشرط ان لا يفارقه كانه قال ولك ان تدفعه الى غيره على انك لا تفارقه فاذا فارقه فقد فات رضاه بالدفع الى غيره فظهر منه المخالفة والتعدي من وقت الدفع فاذا ضمن القيمة يملك من ذلك الوقت فيثبت البيع بالتعاطي بقبض المشتري كما ذكرنا

كتاب العارية

قوله وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان التمسك لصحة الاستعارة بمعنى تمليك المنافع او اباحتها باستعارة النبي عليه السلام دروعا من صفوان مشكل لما قد صح ان النبي عليه اخذ الدروع منه بغير رضاه حتى قال صفوان اغصبا تاخذها يا محمد الا انه كان للحاجة الى السلاح فكان للاخذ حلالا ولكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان وهذا ليس من الاستعارة في شيء وجوابه قد مر في السير قوله ونحن نقول ان اللفظ ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية مشكل كما ذكر في الكافي ان العارية مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان يعود اليه النوبة بالاسترداد متى شاء هذا لفظه والتعاور لا ينبئ عن التمليك نعم انه يحتمل ان يكون من العرية وان يكون من التعاور وعلى الاول ينبئ عن التمليك وعلى الثاني لا ينبئ فلا يثبت التمليك بالشك والاباحة ادنى الامرين فيحمل عليها عند الاحتمال قوله ولهذا ينعقد بلفظ التمليك قلت كما ينعقد بلفظ التمليك ينعقد بلفظ الاباحة ايضا وللاول ان كان يوجب ان يكون تمليكا فالثاني يوجب ان يكون اباحة فكان محتملا فيجب ان يحمل على الادنى وهو الاباحة لتيقنه قوله وهي تمليك المنافع بغير عوض وقد استدل في الشرح على ان موجب العارية ملك المنفعة بان للمستعير ان يعير ما لا يتفاوت الناس في الانتفاع والمباح له لا يملك الاباحة قلت المستعير لا يملك الاعارة على قول من يرى ان العارية اباحة المنافع والاختلاف في جواز الاعارة وعدمه بناء على الاختلاف في ان العارية تمليك او اباحة فكيف يكون جواز الاعارة دليلا عليه قوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان قلت نعم ولكن بعد الاقامة العين مقامها او جعلها موجودة حكما كما في الاجارة وكل ذلك غير ممكن في الاعارة لان اقامة العين مقامها او جعلها موجودة حكما لا يمكن الا بعد كونها معلومة وهي في العارية مجهولة وجوابه سياتيك قوله ولان الملك يثبت عند القبض وعند ذلك لا جهالة وقد يشكل بان الملك لو ثبت بالانتفاع لا قبله ينبغي ان لا يصح اعارة المستعير لان الاعارة منه لا يكون الا قبل الانتفاع فاذا لم يكن مالكا للمنافع قبل ذلك كيف يصح تمليكها

من غيره وجوابه ان عقد الاعارة اولا يقع على العين باقامتها مقام جميع منافعها لتعذر تعيين
البعض دون البعض فيقع التمليك اولا على العين باعتبار كونها منفعة حكما ثم اذا وجد المنافع
بالانتفاع شيا فشيا ينتقل العقد من العين الى المنفعة لانها هي المقصودة بالعقد فيكون الاعارة
عقودا متجددة حسب تجدد المنافع كالاجارة اذا ثبت هذا فاعلم ان ما قال الخصم من ان المنافع
مجهولة ومع الجهالة لا يصح التمليك غير مفيد لانه ان اراد بالمنافع المنافع الحكمية التي تقع العقد عليها
ابتداء فهو ظاهر الفساد لان المنافع الحكمية عبارة عن العين التي قامت مقام جميع المنافع وهي معلومة
قطعا وان اراد المنافع التي ينتقل العقد اليها شيا فشيا حيث حدوثها فكذلك لان المنفعة التي ينتقل
اليها العقد لا يكون الا معلومة لان العقد انما ينتقل اليها حال وجودها وعند الوجود يكون معلومة
لا محالة فعلى هذا التحقيق يكون معنى قوله ولان الملك يثبت بالقبض ان الملك في المنافع الحقيقية
التي ينتقل العقد اليها يثبت بالقبض والانتفاع اما المنافع الحكمية التي يقع العقد عليها اولا فيثبت
الملك فيها بقبض العين فيصح اعارته باعتبار هذا الملك فلا يرد وبهذا يخرج الجواب عما ذكرنا من
الاشكال عند قوله والمنافع قابلة للملك وذلك لان المجهول من المنافع في الحال هو المنافع التي ينتقل
العقد اليها حال وجودها لان مقدارها غير معلومة في الحال اما جميع المنافع التي يقام العين مقامها ٢ بسبب مجهولة فمكن ان لا يعلم مقامها
فان قلت كيف يقام العين مقام جميع المنافع والتمليك لا يقع الا على بعضها قلت لا نسلم بل التمليك
يقع على الكل غير انه بالاسترداد يمنع المستعير عن تحصيل المنافع وله ذلك لانه عقد غير لازم ولا يلزم
من تمليك الكل وقوع الملك في الكل الا يرى ان الاجارة تمليك المنافع الحادثة في المدة ثم قد لا يثبت
الملك في الكل بانفساخ الاجارة قبل مضي المدة كما لو مات احد المتعاقدين قبل انقضاء المدة هذا والكلام
بعد محل نظر حيث ذكر في الكافي في متفرقات كتاب البيوع انه لو اعار المغصوب من الغاصب جاز
ولم يبرأ من الضمان حتى ينتفع لان الاعارة هبة المنافع فلا يوجب الملك بلا قبض فاذا صار قابضا
بالاستعمال برئ عن الضمان هذا لفظه فلو كان الملك يثبت فيها بقبض العين على ما ذكرت وجب
ان يبرأ الغاصب عن الضمان بمجرد قبض العين بحكم الاعارة فليتأمل وليس قوله وعند ذلك لا جهالة
فان قلت فيجب ان يصح الاجارة عند عدم بيان المدة ايضا لانها ايضا لتمليك المنافع والعوض
فيها يجب بالقبض وعند ذلك لا جهالة بل يجب الاجر بقدر ما قبض قوله لانها لتمليك العين
وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا اعلم ان الحمل حقيقة هو الاركاب ويستعمل لتمليك
العين والمنافع تجوزا فاذا علم بان الحقيقة غير مرادة فان كانت هناك قرينة على ان المراد
احد المعنيين المجازيين يحمل عليه والا يحمل على تمليك المنافع لانه ادنى فكان متيقنا فعلى هذا
كان المراد من قوله لانها لتمليك العين انهما يستعملان لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة لا

عند العلم بان الهبة غير مرادة يحمل على تمليك المنافع لانه تعين مرادا لعدم المزاحم وكذا اذا لم يدر
انه اراد الهبة او لم يرد يحمل على المنافع لانه ادنى فكان متيقنا وبهذا التحقيق يسقط ما اعترض
هنا بانه لو كان لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل على
تمليك المنافع بل على الهبة وبان المصنف جعل هذين اللفظين هنا حقيقة لتمليك العين مجازا
لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى الهبة
وقال بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة فيحمل عليه عند نيته ووجه
السقوط ظاهر الا انه فيه نوع تكلف ثم توضيحه ان قوله لانها لتمليك العين يعني انهما يستعملان لتمليك
دليل على التقييد لقوله اذا لم يرد به الهبة يعني انما قيدنا به لانهما يستعملان لتمليك العين
فكان مزاحما لتمليك المنفعة فلا بد للحمل على تمليك المنافع من انقطاع مزاحمة تمليك العين
اياه وانما ينقطع مزاحمته اذا قامت القرينة على عدم ارادته فلا بد ان يشترط قيام القرينة
على عدم ارادته وبهذا يسقط الاشكال الثاني لان دعوى استعمال لفظ الحمل في تمليك العين لا
ينافي دعوى المجاز واما الاول فلان الحمل لما كان مجازا في تمليك العين والتمليك المنافع جميعا
كان عدم ارادة احدهما كافيا لدفع مزاحمة الاخرى لان المعنى المجازي يحتاج في ثبوته الى الارادة
وان كانت الحقيقة لا يحتاج اليه ثم يشكل بالنظر الى قوله منحتك هذا الثوب لانه ان كان موضوعا
لتمليك العين فقط لم يستقم قوله وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع لما ان عدم ارادة
الحقيقة لا ينافي الحمل عليها لعدم احتياجها الى الارادة وان كان موضوعا لتمليك المنافع او كان
مشتركا لم يصح قوله يحمل على تمليك المنافع تجوزا اللهم الا ان يراد وعند عدم ارادة الهبة يحمل على امكان
تمليك المنافع فحينئذ يستقيم بالنسبة الى اللفظين جميعا لان عدم امكان ارادة الهبة شرط
لحملها على تمليك المنافع اما المنع فلتقدم الحقيقة لانه حقيقة في الهبة اما الحمل فلتقطع المزاحم
لان الهبة معنى مجازي كالعارية فما لم ينقطع مزاحمته لا يتعين للعارية فان قلت قوله في
كتاب الهبة ان الحمل هو الاركاب حقيقة فكان عارية لكنه يحتمل الهبة يشعر بان الحمل على العارية
لا يحتاج الى قيام القرينة على عدم امكان الهبة او على عدم ارادته اجيب بان ذلك اشارة الى
تخريج اخر وهو ان الحمل حقيقة هو الاركاب لا انه اذا تعذر الحمل عليه يراد منه مجازا تمليك العين
وتمليك المنفعة لكن الثاني ادنى فيحمل عليه فان قلت بينهما تدافع اذ التخريج المذكور هنا يشعر
بان عدم امكان ارادة الهبة شرط للحمل على العارية والمذكور ثمة يشعر بانه ليس بشرط بل يجب ان
يحمل على العارية لكونها اولى عند امكان الهبة ايضا قلت جاز ان يكون في المسئلة روايتان فلا
تدافع قوله وانما وجب الرد مؤنة لانه كنفقة المستعار هذا يدل على ان الرد يجب على المستعير مطلقا

وذكر في الذخيرة رجل اعار رجلا شيا ليرهنه فرهنه يجب الرد على المعيرلان المعير فيه منفعة
لانه لو هلك ضمن المستعير قيمته كاملة لو اوفي هذا نظر لان رد العارية على المستعير وهذا
من جملة العواري وما ذكر من الضمان فليس بمنفعة للمعير لانه انما استحق على المستعير قدر
الدين دون الرهن وضمان الدرهم بمقابلة عين قيمته مايه درهم لا يعد منفعة بخلاف الاجارة
لان منفعته يعود الى الاجارة حيث ياخذ للعين بازاء المنفعة والعين خير من المنفعة
وكذا هذه المنفعة تحصل له على اعتبار سلامة العين فجاز ان يعتبر في ايجاب مونة الرد عليه
اخذا من قوله عليه له غنمه وعليه غرمه كذا ذكر الشارح في الرهن **قلت** قد وقع التصريح منهم
في غير موضع بان المستعير في مسئلة الرهن بمنزلة المودع حتى لو خالف ثم عاد الى الوفاق يبرا
عن الضمان كالمودع بخلاف المستعير فانه لا يبرا عنه بالعود الى الوفاق وانما كان بمنزلته
لانه عامل للمعير من حيث انه يحقق مقصوده بالتسليم الى المرتهن وهو رجوع المعير عليه على
تقدير صيرورة المستعير قاضيا دينه من المستعار عند الهلاك في يد المرتهن وسياتيك تحقيقه في الرهن
ان شاء الله تعالى فظهر ان الرد في مسئلة الرهن انما يجب على المعير لانه كالمودع فيجب رده عليه
كما يجب على المالك المودع وما ذكر من انه منفعة رجوع المعير على المستعير لا يعد منفعة ففيه
نظر لانه لو لم يعتبر هذه المنفعة لكان المستعير في مسئلة الرهن عاملا لنفسه من كل وجه فلا
يكون في حكم المودع فينبغي ان لا يبرا عن الضمان اذا خالف ثم عاد الى الوفاق والحاصل بخلافه
قوله لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه **فان قلت** كما لا يتضمن ما هو
فوقه لا يتضمن مثله ايضا على ما مر في غير موضع فينبغي ان لا يصح اعارة المستعير ايضا وليت
جازت للاعارة باعتبار انه ملك المنافع فليجز الاجارة بذلك الاعتبار ايضا كما جاز من المستاجر
قلت الشيء لا يتضمن في رواية والتضمن في اخرى والدليل مبني على الاولى فلا يشكل بالاعارة
او نقول علل المصنف به بطريق التنزيل فقال لو صحت الاجارة فاما ان صحت بطريق التضمن
~~او باعتبار ملك المنافع لا سبيل الى الاول لما ذكرنا ولا الى الثاني لانا نقول لا نسلم ان المقصود بالهبة~~
~~الاعارة المساعدة بل المقصود بها التمليك عادة لما صرح به المصنف في باب الرجوع في الهبة~~
~~لكن لو كان المقصود الاعارة المساعدة لما صح الرجوع فيها بحال لان هذا المقصود يحصل بمجرد~~
~~الهبة كالمطلوب في الصدقة والصلة في هبة ذي الرحم المحرم وحصول المقصود يمنع من~~
~~الرجوع فهذا الكلام يدل على نظر يحتمل ان يقال في الجواب بان القبض في الهبة يشبه~~
~~القبول من حيث انه يتوقف عليه الملك توقفه على القبول ولكنه ليس بقبول حقيقة فرجب~~
~~انه يشبه القبول قلنا بان الموهوب له يكون مسلطا عليه من قبل الواهب ومن حيث انه ليس~~

المجير

واصح الروايات رد في الاعارة
وروايتان بعض

بقبول

~~بقبول حقيقة فلنا بصحة الاذن به دون الجلوس عملا بالجهتين جهة الحقيقة وجهة الشبه~~ **قوله**
~~ذلك ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين وقد يشكل هذا بقوله تعالى فاطعام~~
~~عشرة مساكين فانه على الاطعام على الاباحة عندنا كما عرف في اصول الفقه مع انه مضاف الى~~
~~ما يطعم عينه اذ المعنى والله اعلم فاطعام عشرة مساكين وجوابه ان تمليك العين انما يراد اذا ذكر~~
~~مجردا عما ذكر في الاية ثم يكون بالاباحة هكذا قال الفارسي للتبيين بذكر معنى الاية لا سيما الاباحة~~
دفيه نظر ~~لان المقول الثاني مذكور في الاية وهو قوله من اوسط ما تطعمون اذ معناه على ما قيل~~
~~اطعاما من اوسط ما تطعمون~~ **قوله** ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لانه
~~العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة يحتملها قال الشارح لانه في لفظ الواهب انما جرى لفظ~~
~~السكنى للفظ العارية فيجب عليها تعليقا بمعنى الكل المعنى العارية لكن ذكر في المبسوط~~
~~بين ذكر مسائل الكل مسئلة العارية على ذلك الشق فقال وكذلك لو قال هي لك هبة عارية او~~
~~عارية هبة فهي عارية لانه يحتمل يجوز ان يكون مراده هبة العين ويجوز ان يكون هبة المنفعة~~
~~وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه محكم في نفسه لا يتناول الا المنفعة ولما كان كذلك جاز ان يقع~~
~~في قلب المعنى انه ذكر لفظ العارية مقرونا بلفظ الهبة كما في المبسوط في صورة المسئلة وعلى~~
~~العارية وما ذكرناه كذلك والله اعلم كذا في الشرح والاقرب ان يقال انه اراد بالعارية اللفظ الدال~~
~~على وصف الكل اي ان اللفظ الدال على العارية وهو لفظ السكنى محكم في تمليك المنفعة~~
~~ولفظ الهبة يحتملها فلا يرد عليه ما ذكر وما قاله الشارح بعيد جدا~~ **قوله** ~~فيشترط ما للموهوب والمعوض~~
~~لان الهبة يتم بالتخلية وهو قبض حكمي ولو كان الشرط هو الكامل من القبض لما تم بالحكمي من القبض~~
~~من وجه وان هبة المشاع فيما لا يقسم جائزة فلو كان الشرط هو الكامل من القبض لما تم مع العدم~~
~~امكان حصول الشرط فيه واجيب عنه العلماء بان الهبة في حق المعير الذي لا يعقل صحيح بالاجماع~~
~~مع ان قبضه حقيقة غير مقصود فعلم ان المراد يكون مقبوضة اما ان يكون حقيقة او حكما ولقائل~~
~~ان يقول ان يراد مقبوضة للموهوب له او لما هو على حذف المضاف وقبض الملك يكون قبضا حقيقة~~
~~العالم فقلنا المجاز اهون من الحذف فارادة الاعم من الحقيقي والحكمي من حذف المضاف ومن التاني~~
~~ان الاجماع منعقد على جواز الهبة فيما لا يقسم فيقبل الخبر بما يقسم لئلا يجوز الهبة فيما يقسم المقبوضة~~
~~على صورة الكمال~~ **قوله** ~~اولا فيقبل الخبر بما يقسم لم يكن دليلا على اشتراط نفس القبض فيما لا~~
~~يقسم فكيف يشترط القبض فيه قلنا يشترط بدليل اخر وهو ما انه لو ملك قبل القبض لزم ملك~~
~~الواهب ما لم يلتزم وهو التسليم وقد قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل ثم يشكل بجواز الاجماع~~
~~لما انعقد على جواز هبة المشاع فيما لا يقسم علمنا ان المراد بقوله الا مقبوضة نفس القبض دون~~

كان بباشرة عند الضمان والمعير لم يباشر عند الضمان وان وقت واجاب الشارح عنه بان ذلك
راجع الى الالتزام المعنوي لا الى وجود الغرور فقد قال في المبسوط والوجه فيه ان يقال ان
كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت لتصحيح الاعارة شرعا ثم لما وقت
مع ذلك لا بد من ان يكون لذكر الوقت فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس
ان اراد اخراجه قبله فصار كانه قال ابن في هذه الارض لتنتفع على ان اتركها في يدك الى كذا
من المدة فان لم اتركها فانا ضامن لك فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه الى هنا لفظه
وفيه نظر للقطع بان فائدته ليس بمنحصر على التزام قيمة البناء والغرس لجواز ان يكون التوقيت
للمنع عن الانتفاع بعد مضي المدة ووجوب القلع والرد بعد مضيها بلا طلب من المعير وفي صورة
الاطلاق لا يلزم من ذلك الا بعد طلب فجاز انه وقت دفعا لمؤنة الطلب عن نفسه فمع هذه الفائدة
كيف يتعين التزام القيمة فائدة لا يدرى انه لو اعار دابة الى الليل يصح التوقيت لما ذكرنا من الفائدة
ولو لم يكن التوقيت فائدة سوى التزام القيمة لم يصح التوقيت هنا لانعدام تلك الفائدة والجواب ان
هذه ان كانت يصلح فائدة للتوقيت لكن هذه الفائدة انما تظهر اذا وفى بعهده في التوقيت اما اذا
نقض وفسخ الفائدة فيه سوى الالتزام المذكور اذ لو لم يحمل عليه لغا التوقيت ولا يظهر له فائدة
اصلا وكلام العاقل يجب ان يحمل على وجه يظهر له فائدة ما امكن قلنا التوقيت يستدعي الفائدة
في الجملة وهو موجود على نحو ما ذكرنا وايضا لو استحق العارية في يد المستعير والعارية موقتة تضمن
المعير ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلو كان وجه الضمان هو ما ذكر من ان التاقيت في معنى قولنا
ابن في هذه الارض الى اخر ما ذكر لم يضمن عند الاستحقاق حيث لم يوجد منه الضمان في صورة الاستحقاق
لا صريحا ولا دلالة الا ان يقال هذا الذي ذكرته من وجوب الضمان بالاستحقاق فذلك كما ذكره الخصاف
في شروطه ولكن ذكر في كتاب الشروط انه لا ضمان على المعير في صورة الاستحقاق من غير ذكر
ذكر خلاف قلنا ان يمنع ثم ما ذكره لا يصلح مصححا لما ذكره المصنف لانه مبني ولا بد للرجوع
على وجود الغرور حيث قال لانه مغرور من جهته والشارح صرح بانه مبني على الالتزام المعنوي
لا على الغرور بل ذلك وجه مستقل لجواز الرجوع الا ان يقال ما ذكر الشارح من قوله ذلك راجع
الى الالتزام لا الى وجود الغرور معناه انه راجع الى الغرور الذي هو في ضمن الالتزام لا الى
مجرد الغرور وذلك ان الغرور بمجرده لا يوجب الرجوع ما لم يوجد معه ضمان السلامة اما نصا او
في ضمن عقد المعاوضة لان كلا من المتعاقدين تضمن سلامة العوض للاخر ولو قال الواهب
للموهوب له ان استحقها مستحق فانا ضامن يرجع الموهوب له اليه عند الاستحقاق لانه وجد الغرور
مع ضمان السلامة نصا وايضا المستعير لو شرط الضمان على نفسه بان قال ان هلك فانا ضامن فالشرط

التوقيت

ما زلت ص

بلغ

تما

~~النقض الكامل وذلك لان للمالك ان ... الطلاق الى الكامل فما يزداد نقض النقض لنقضا~~
~~فلهو لا المنقوض في تضمنه النقض نظير قولنا لا يصلي في نقض الصلوة ثم هو المنصرف الى~~
~~الكامل حقيقة بعينه سببه الركعة بالسجدة ... وذلك لما الصرف ... بمذكور ... من~~
~~ذكر النص للالحاكم والاعتبار وانما ينصرف الى الكامل ما هو المذكور والمنصوص من كل وجه~~ قوله
~~ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من تعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبة غيبة~~
~~منقطعة في الصحيح قال الشارح وقوله في الصحيح يتعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب لان يملك~~
~~الزوج قبض الصبية لاجل ارادته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في~~
~~الايضاح بقوله وذكر في هذه ... ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكره الحاكم~~
~~في مختصره وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من تعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد~~
~~الموت او غيبة منقطعة ليس رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى لفظه~~ قلت
~~بل فيه رواية اخرى قال ذكر بعض المحققين ان من المشايخ من سوى بين الزوج وبين الاجنبي~~
~~والام والجد والاخ في انه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير حتى كانت الصغيرة في عيالهم وان كان الاب~~
~~حاضرا او الزوج~~ لان النفي لا يتضمن مثله فكيف ما فوقه ولا الى الثاني لانا لو صححناها لا يصح الا لانا
لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لانها زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء
المدة فابطلنا فان قلت اذا ثبت بتسليط من المعير كان هو راضيا بهذا الضرر قلت معناه انا لو
صححنا الاجارة لصححناها بجعل المعير مسلطا المستعير عليها وفي جعله مسلطا زيادة ضرر به فلا يجعل
مسلطا دفعا لمزيد الضرر عنه وليس معناه ان التسليط يثبت من قبله حتى يثبت رضاه بهذا الضرر
بل التسليط على الاجارة لم يوجد من جهته فلو صححناها لجعلنا المعير مسلطا عليها اذ لا صحة لها بدون
التسليط ولو جعلناه مسلطا وقعت الاجارة لازمة فيتضرر المعير بانسداد باب الاسترداد واجيب عنه
في الحاشية بان هذا الضرر وان حصل برضاه ولكن يفضي الى المنازعة لان المالك يسترد بناء
على الاعارة والمستاجر لا يعطيه بناء على لزوم الاجارة فلا يجوز كبيع الجذع في السقف
بعد وان حصل برضا المالك لما ذكرنا من المنازعة قوله اولان من قضية الاعارة الانتفاع انما
ذكر بلفظ او لان النكتة منقوضة بما اذا امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره فيفعل جاز لانه صار
ملكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتمم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له اولا ثم لنفسه
ولا يكون للمامور ان يرجع على الامر في ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك
ولا يثبت الاستقراض مع كونه ادنى من الهبة قوله لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر
هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه واعترض بان الغرور انما يكون سببا للرجوع اذا

[illegible]

بالطلب ولا يجب عليه الضمان بخلاف مع انه غير متبرع فلان لا يلزم الضمان على المعير بالتواطؤ على نفسه
وهو متبرع اولى وهذا بخلاف الواهب يقول ان استحقها مستحق فانا ضامن لانه كفالة معلقة على
تعذير استحقاق فان المستحق مديون للموهوب له في ذمة الواهب حيث يأخذ القيمة منه ظلما فجازت
الكفالة عنه لانها تستدعي قيام الدين في ذمة الكفيل بخلاف الالتزام في صورة الاعارة فانه التزام
ابتدائي وكان تبرعا واحسانا فلا يكون لازما كالالتزام من المستعير والاوضح في الجواب ان
يقال ان المعير بالتوقيت يصير غارا اذا رجع في الحال قبل انقضاء المدة ودفع الغرور واجب
بالممكن ودفعه لا يمكن الا بايجاب الضمان بناء على ضمان السلامة وبخلاف مال وهب فاستحق الموهوب
وضمن الموهوب له حيث لا يرجع على الواهب اما بمعنى ان يسلم الموهوب
للموهوب له من قبله فلان عقد الهبة غير لازم حتى لا يجب عليه التسليم واما بمعنى ان لا
يستحقه مستحق فكذلك لان ذلك ليس في وسع الواهب فلما تعذر القول بضمان السلامة تعذر
تضمينه وبالجملة ان الغرور في باب الاستعارة كالغرور في عقد المعاوضة من حيث انه كل واحد
من هذين الغرورين ممكن الدفع بايجاب ضمان السلامة على الغار فيجب دفعه فما اشتهر القول
بان الغرور لا يوجب الضمان الا في ضمن عقد المعاوضة معناه والله اعلم لا يوجب الضمان الا فيما
امكن القول بايجاب ضمان السلامة على الغار او نقول العارية لما ثبت تشبه بالاجارة فاعتبرناه
اعارة في صحة الرجوع واعتبرناه شبه الاجارة في رجوع المستعير على الآذن بالكسب والحقيقة جميعا

كتاب الهبة

قوله فلانه عقد فينعقد بالايجاب والقبول قلت نعم هو عقد ولكنه عقد تبرع فيجب ان يتم بالمتبرع
نص بذلك المصنف في كتاب الرهن حيث قال قالوا الركن هو الايجاب بمجرده لانه عقد
تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة وايضا صحت في قوله لا اهب بمجرد الايجاب وانه يقتصر بان الركن
هو الايجاب والله اعلم ~~[illegible]~~ قوله ولنا قوله عليه السلام لا
يجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والدليل على
ما قلنا ايضا ما روي عن النبي عليه السلام حاكيا عن الله تعالى يقول ابن آدم مالي مالي وليس
لك من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت اعتبر الامضاء في الصدقة والحاق
فيهما والحق كذا في الشرح نقلا عن الايضاح قلت هذا الحديث انما يكون دليلا على ما قلنا ان
لو كان المراد بالامضاء هو التسليم والتخلية ولكن للخصم ان يقول ليس المراد من ذلك بل
المراد بالامضاء هو ان لا يبطل صدقته بالمن والاذى يدل عليه فحوى هذا الحديث اذ المفهوم
منه انه ليس من مال العبد الا ما ينعم برجوع النفع ونفع الصدقة لا يحصل بمجرد التسليم بل بترك
المن والاذى حتى لو سلم وقبض الفقير ثم من عليه واذاه يكون ابطالا لا كما وقعت الاشارة اليه

بقوله تعالى ولا تبطلوا صدقاتكم بالمن والاذى قوله بخلاف الوصية وقد الحق الهبة بالوصية
في المبسوط حيث قال ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك بمجرد القبول كالوصية وذكر في
الكتاب مخالفتها لها ووجه المخالفة ظاهر اما وجه الالحاق فهو ان عقد الهبة لما كان عقد تبرع
صار ضعيفا في نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا
يزول بالسبب الضعيف فلا بد من مؤيد وهو في الهبة التسليم لازالة يده عنه بعد ايجاب عقد التمليك
لغيره وفي الوصية موت الموصي لكون الموت منافيا للملك كذا ذكر في الشرح وحاصله ان
الهبة الحقت بالوصية في احتياج كل منهما الى المؤيد غير ان المؤيد في الهبة التسليم وفي
الوصية موت الموصي ولكن يرد عليه ان الهبة انما يحتاج الى المؤيد لانها يقع على ملك قوي
فلا بد من زواله الى مؤيد اما الوصية فهي عقد تمليك مضاف الى ما بعد الموت والملك بعد الموت
ضعيف لبقائه ضرورة حاجة الميت فلا يحتاج الى التأييد فلا يصح الحاق الهبة بها في الاحتياج
الى التأييد فالاولى ان يقال الحق الهبة بالوصية في المبسوط باعتبار ان كل واحد منهما يحتاج
الى الامضاء غير ان الامضاء في الوصية يحصل ببقاء الموصي على الوصية الى حين الموت وفي
الهبة بالتسليم وقد وقع التصريح بمثل هذا الالحاق في كتاب الرهن حيث قال في تعليل اشتراط
القبض في الرهن ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته شيئا على المرتهن ولهذا
لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية ثم فسروا الامضاء في الوصية ببقاء الموصي على وصيته
الى حين الموت ثم هل يصح ان يقال قوله في المبسوط كالوصية يتعلق بالفعل المنفي لا بنفي
الفعل اي فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول ثبوتا مثل ثبوت الملك في الوصية وذلك ان الهبة عقد
تبرع من كل وجه فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول اما الوصية فعقد تبرع من وجه وارث من
وجه فمن حيث انها تبرع يجب ان لا يثبت الملك فيه الا بالقبول والقبض ومن حيث انه يشبه
الميراث لانه خلافة بعد الموت كالارث ينبغي ان يثبت الملك بلا قبول كما في الارث فقلنا
يتوقف على القبول عملا بشبه الهبة وعدم توقفه على القبض عملا بشبه الارث فيكون معنى
قوله لان هذا اي الهبة عقد تبرع اي من كل وجه فيتوقف على القبض فلا يثبت الملك
فيه بمجرد القبول كما يثبت في الوصية لانه انما يثبت الملك فيه بمجرد القبول ولا يتوقف على
القبض لكونها يشبه الميراث اما الهبة فتبرع من كل وجه فيتوقف على القبض ففي المبسوط
دليل على اشتراط القبض في الهبة على وجه يتضمن جواب مالك عن القياس على الوصية
قوله ان القبض بمنزلة القبول في الهبة اي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع
فان قلت القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع

المشتري بالقبول بعد المجلس **قلنا** الايجاب من البايع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع
ولم يقبل المشتري لا يحنث اما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم
يقبل الموهوب له يحنث كذا في الشرح ويرد عليه ان الايجاب من الواهب لو كان عقدا تاما
ينبغي ان يتوقف على ما وراء المجلس في حق القبول ولا يبطل بالقيام عن المجلس وليس كذلك فانه
لو قام الموهوب له عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب ولا يصح قبوله بعد ذلك وجوابه ان
ايجاب الواهب عقد تام في حقه شطر عقد في حق الموهوب له فمن حيث انه شطر قلنا بعدم توقفه
على ما وراء المجلس في حق القبول الذي هو حق الموهوب له خاصة ومن حيث انه عقد تام
في حق الواهب قلنا بتوقفه فيما وراءه على القبض الذي يحصل بالتخلية التي هي فعل الواهب
عملا بالاعتبارين لا يقال بان مسئلة اليمين التي ذكرها الشارح لا ينتهض دليلا على التفرقة
بين ايجاب البايع والواهب لجواز ان يكون حنث الواهب بمجرد الايجاب باعتبار ان المقصود
بهذا الحلف عدم اظهار السماحة فاذا وهب فقد اظهرها فيحنث قبل الموهوب له او لم يقبل
لانا نقول لا نسلم ان المقصود بالهبة اظهار السماحة بل المقصود بها التعويض على ما صرح
به المصنف في باب الرجوع في الهبة كيف ولو كان المقصود اظهار السماحة لما صح الرجوع فيها
بحال لان هذا المقصود يحصل بمجرد الهبة كالثواب في الصدقة والصلة في هبة ذي الرحم المحرم
وحصول المقصود يمنع من الرجوع هذا والكلام بعد محل نظر فمحل ان يقال في الجواب بان
القبض في الهبة من حيث انه يتوقف عليه الملك توقفه على القبول ولكنه ليس بقبول حقيقة
من حيث انه يشبه القبول **قلنا** بان الموهوب له يكون مسلطا عليه من قبل الواهب ومن
حيث انه ليس بقبول حقيقة قلنا بصحة الاذن بعد المجلس عملا بالجهتين جهة الحقيقة وجهة
الشبه **قوله** فلان الطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين وقد يشكل هذا
بقوله تعالى فاطعام عشرة مساكين فانه حمل الاطعام على الاباحة عندنا كما عرف في اصول الفقه
مع انه مضاف الى ما يطعم عينه اذ المعنى والله اعلم فاطعام الطعام عشرة مساكين **وجوابه** ان
تمليك العين انما يراد اذا ذكر مفعوله الثاني اما اذا لم يذكر فحينئذ يكون المراد به الاباحة هكذا قالوا
وفي الاية لم يذكر مفعوله الثاني فيراد به الاباحة **وفيه نظر** لان المفعول الثاني مذكور في الاية وهو
قوله من اوسط ما تطعمون اذ معناه على ما قيل طعاما من اوسط ما تطعمون **قوله** ولو قال داري لك
هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة يحتملها قال الشارح
ان في لفظ الواهب انما جرى لفظ السكنى لا لفظ العارية فيجب عليه تعليل معنى السكنى لا معنى
العارية لكن ذكر في المبسوط بعد ذكر مسئلة السكنى مسئلة العارية على ذلك النسق فقال وكذلك

لو قال هي لك هبة عارية او عارية هبة فهي عارية لانه محتمل يجوز ان يكون مراده
هبة العين ويجوز ان يكون هبة المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه محكم في
نفسه لا يحتمل الا المنفعة ولما كان كذلك جاز ان يقع في قلب المصنف انه ذكر لفظ العارية
مقرونا بلفظ الهبة كما في المبسوط في صورة المسئلة وعلل العارية وفقا لذلك والله اعلم كذا
في الشرح والاقرب ان يقال انه اراد بالعارية اللفظ الدال عليه وهو السكنى اي لان
اللفظ الدال على العارية وهو لفظ السكنى محكم في تمليك المنفعة ولفظ الهبة يحتملهما فلا يرد
عليه ما ذكروا ما قال الشارح بعيد جدا **قوله** فيشترط كماله واعترض بان الهبة يتم بالتخلية وهو
قبض حكمي ولو كان الشرط هو الكامل من القبض لما يتم بالحكمي لانه قبض من وجه وبان هبة
المشاع فيما لا ينقسم جائزة فلو كان الشرط هو الكامل من القبض لما صح لعدم امكان حصول الشرط
فيه واجيب عن الاول بان الهبة في حق الصغير الذي لا يعقل صحيح بالاجماع مع ان قبضه
حقيقة غير متصور فعلم ان المراد بكونه مقبوضة للموهوب له اعم من ان يكون حقيقة او حكما
ولئن قيل يمكن ان يراد مقبوضة للموهوب له او لنايبه على حذف المعطوف وقبض النايب
يكون قبضا حقيقيا لا محالة قلنا المجاز اهون من الحذف فارادة الاعم من الحقيقي والحكمي اولى
من حذف المعطوف وعن الثاني ان الاجماع منعقد على جواز الهبة فيما لا يقسم فيقيد الخبر بما يقسم
اي لا يجوز الهبة فيما يقسم الا مقبوضة على صفة الكمال **فان قلت** اذا قيد الخبر بما يقسم
لم يكن دليلا على اشتراط نفس القبض فيما لا يقسم فكيف يشترط القبض فيه **قلنا** يشترط بدليل
اخر وهو ما مر انه لو ملك قبل القبض لزم على الواهب ما لم يلتزم وهو التسليم وقد قال الله تعالى ما على
المحسنين من سبيل ثم يشكل بانه لا اجماع لما انعقد على جواز هبة المشاع فيما لا يقسم علمنا ان المراد
بقوله الا مقبوضة نفس القبض دون القبض الكامل وذلك لان الاصل ان كان هو انصراف
المطلق الى الكامل لكن الاجماع يمنع من الصرف الى الكامل هنا فيراد نفس القبض وايضا قوله
عليه السلام الا مقبوضة في تضمن القبض نظير قولنا لا يصلي في تضمن الصلوة ثم هو لا ينصرف الى
الكامل حتى يحنث فيه بتقييد الركعة بالسجدة فكذا هنا وذلك لان المصدر ليس بمذكور في عقد
ذلك المنفي الا بالحكم ولا اعتبار وانما ينصرف الى الكامل ما هو المذكور والمنصوص من كل وجه
قوله ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد
الموت او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال الشارح وقوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع
حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امراته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان
هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وروي في هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب

حيا هكذا ذكره الحاكم في مختصره وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعوله غيرها
حيث كما يقولون لا بعد الموت او غيبة غيبة منقطعة ليس رواية اخرى حتى يقع قوله في
الصحيح احترازا عما تم لفظه **قلت** بل فيه رواية اخرى فقد ذكر بعض المتقنين ان من المشايخ
من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ في انه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير
حتى كان الصغير في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق بينهما كما ذكر في
الكتاب وقد ذكر الشارح في كتاب الكراهية نقلا عن الامام فخر الاسلام عند قوله ومن كان
في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة له ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا
الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها اب وهي تحت الزوج فوهب لها شيء فقبضه
او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما
كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه الولاية ومن وجه العول
والنفقة فيثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام الى هنا لفظه فنقل ايضا
اشارة الى ان في قوله وكل من يعوله غيرها ايضا رواية اخرى فلا يصح نفي الرواية **قوله** ولان
الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه **وفيه نظر** لان التفرق
في الملك لا يوجب التفرق في التمليك الا يرى انه لو باع عبدا من اثنين يثبت لكل واحد
منهما الملك في النصف مع ان التمليك غير متفرق حتى لو ادى احدهما حصته من الثمن لا يتمكن من
قبض النصف ولو كان التمليك متفرقا لتمكن منه كما لو باع من كل نصفه بعقد على حدة وكذا لو شرط
لكل واحد منهما الخيار ثم اسقط احدهما لا يكون للاخر ان يرده بحكم الخيار ولو كان التمليك متفرقا
ضرورة تفرق الملك لكان له ان يرده كما لو باع من كل نصفه وشرط الخيار لهما **والجواب** ان
تفرق الملك في نفسه يوجب التفرق في التمليك اذ الحكم يثبت بحسب ثبوت العلة غير انه لم يعتبر
التمليك في البيع متفرقا ضرورة دفع الضرر عنه فالبائع ربما يجمع النصفين في البيع توسلا الى
الثمن جملة وهذا هو الظاهر فلو اعتبر التمليك متفرقا لفات هذا الغرض فيتضرر به البائع وفي
الهبة لا ضرورة الى جعل التمليك متحدا مع تفرق حكمه فبقي على الاصل ثم قد يشكل بان المصنف
رحمه الله علل لصحة الاجارة من الاثنين بقوله لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيهما
طارئ وهذا يأتي في الهبة من اثنين ايضا اذ التمليك فيها ايضا يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك
يكون طاريا والشيوع الطارئ لا يمنع الهبة كما لا يمنع الاجارة وجوابه يخرج مما ذكرناه وبه يشكل في
الاجارات **قوله** لان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق
الشيوع **فان قلت** لو اتحد العقد ثم فصل بطريق التساوي بان قال وهبت لكما هذه الدار لهما

مرحم

لهذا اصعها

نصفا

نصفها فهي جائز عند ابي يوسف رحمه الله على ما ذكر في عامة النسخ مع انه تنصيص على الابعاض
قلت نعم ولكن التنصيص على الابعاض انما يعتبر لفائدة لان لو كان التفصيل يخالف الاجمال
اما اذا لم يخالف فالتفصيل لغو لان كلام العاقل يعتبر لفائدة لا لعينه فاذا لم يكن مبدلا
لا يعتبر فاذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال ان
يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله فاذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فيجب
اعتباره فاذا اعتبر يتفرق العقد فكانه اوجب لكل واحد العقد في جزء شائع على حدة
ولهذا المعنى سوى ابو يوسف رحمه الله في الرهن بين التفصيل على طريق التساوي والتفاضل
لمخالفة حالة التفصيل حالة الاجمال في الوجهين فان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد
في الكل وعند التفصيل لا يثبت سواء كان بالتساوي او بالتفاضل فظهر ان المراد بالتنصيص
عليه بالتساوي غير معتبر لما ذكرنا الى هنا انتهى الشرح والله اعلم **باب الرجوع
في الهبة** **قوله** اذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع قال الشارح يحتاج الى القيود
اذا وهب هبة لاجنبي او لذي رحم ليس بمحرم او لمحرم ليس بذي رحم وسلمها اليه ولم
يقترن بها ما يمنع الرجوع حالة العقد فله الرجوع بالقضاء او بالرضاء ومع غير استحباب
بل هو مكروه وانما قلنا ان هذه القيود يحتاج اليها ان التخصيص في الروايات يدل
على نفي ما عداه وتخصيص الاجنبي يوهم بانه لا يرجع في هبة رحم ليس بمحرم او محرم ليس
برحم وقيدنا بالتسليم لانه اذا لم يسلم فله الرجوع وان كانت في الرحم المحرم فلو اطلقنا الرواية
يلزم التسوية بين الاجنبي وغيره في حق الرجوع من جميع الوجوه وليس كذلك وقيدنا بقوله
ولم يقترن ما يمنع الرجوع لانه اذا اقترن لم يصح وان كان اجنبيا وقيدنا باقتران المانع
في حالة العقد لانه اذا وهب لامرأة ثم تزوجها فله الرجوع ولو وهب لامرأته ثم ابانها لا وقيدنا
بالقضاء او بالرضاء لحلم ولانه الرجوع بدون احدهما واطلاق الرواية يوجب صحة الرجوع بدون
ذلك وقيدنا بقولنا مع غير استحباب لان الاطلاق يقتضي ان يكون الرجوع من غير كراهة وليس
كذلك ثم لفظه **قلت** اراد بالاجنبي من يقصد بالهبة منه العوض دون الصلة فيتناول ذا رحم
ليس بمحرم ومحرما ليس بذي رحم لان المقصود بالهبة منهم العوض دون الصلة ولا يتناول الزوج
والزوجة اذ المقصود بالهبة منهما الصلة دون العوض كما يجيء والتقييد بالتسليم غير محتاج اليه
لان اسم الهبة لا يطلق على المال الا بعد التسليم والقبض صرح به الشارح بعد هذا باسطر وقد
قيل هنا بالهبة حيث قال وهب هبة والمراد به الموهوب لان الرجوع في الاعيان يكون لا في
الاقوال ولانا لو اطلقنا الرواية لا يلزم التسوية بين الاجنبي وغيره عند الاطلاق كيف والمصنف

مع التنصيص الغير والتنصيص عليه صح

جنيته انه اذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها سلمها او لم يسلمها والرجوع في هبة غير الاجنبي
غير صحيح بعد التسليم فلا يلزم التسوية بين الاجنبي وغيره عند الاطلاق في حق الرجوع من جميع
الوجوه نعم يلزم التسوية لو قيل ما المانع بما قبل التسليم والمعنى اطلق ولا تسوية في الاطلاق والتقييد
بعدم اقتران المانع ايضا غير محتاج اليه لان الموانع مستثناة في قوله الدفع والتقييد بالقضاء
او الرضاء ما يذكر في الكتاب بعد هذا فالحاجة الي التقييد بذلك **قوله** ولان المقصود من
التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته وهذا يبين ان حق الرجوع ليس بمقتضي
العقد عندنا بل لتمكن الخلل في المقصود بالعقد علي ان المعروف كالمشروط كذا في الشرح
ويرد عليه انه لو كان كالمشروط به بحكم العرف لكانت الهبة في جميع المواضع مشروطة بالعوض
فينبغي ان يكون بيعا انتهاء ويجري عليها احكام الهبة المشروط بشرط العوض وليس كذلك
ثم قوله من التعويض للعادة نوع مخالفة لما سبق ذكره في اخر كتاب الايمان في المسايل المتفرقة
مفصلا حيث قال ومن حلف ان يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه الي ان
قال ان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به فهذا نص بان المقصود في الهبة من اظهار
السماحة وذلك يتم به ~~فهذا نص بان المقصود~~ تحصل بمجرد العقد فينبغي ان لا يكون له ولاية
الرجوع لحصول المقصود اللهم الا ان يقال المقصود بالهبة من اظهار السماحة حالا والتعويض
مالا فاذا وهب تم الواهب في يمينه لحصول المقصود الحالي وهو اظهار السماحة واذا لم يعوض
الموهوب له فات المقصود المالي وكان له الرجوع ثم قد يشكل بما وقع التصريح منهم بان المؤدي
بجهة لا يصح استرداده ما لم يقع الياس من تلك الجهة الا يري ان من كفل عن رجل بالف عليه
فقضي المكفول عنه الالف للكفيل قبل ان يعطيه الكفيل صاحب المال فليس للمكفول
عنه ان يرجع فيها وقد علله المصنف بانه تعلق به حق القابض الي الكفيل علي احتمال قضائه
الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الي الساعي هذا لفظه ولا يخفي
ان حق الموهوب له يتعلق بالهبة علي احتمال اداية العوض فينبغي ان لا يصح الرجوع للواهب
ما بقي هذا الاحتمال وانه يبقي ما بقي الموهوب له حيا وقد عرف ان الرجوع بعد موته غير صحيح
فينبغي ان لا يصح الرجوع مطلقا وايضا لو كان الرجوع باعتبار فوات التعويض المقصود بالهبة
لكان ينبغي ان لا يصح فيما اذا جعل الموهوب له يودي العوض واحضره للتسليم وخلي بينه وبين
الواهب والواهب لا يقبله فان هناك المقصود غير فايت وهو ظاهر مع ان الرجوع صحيح مطلقا
والجواب ان المقصود من الهبة قد يكون من التعويض بمال مخصوص لا بمطلق المال وقد يقع الياس
عنه بهلاكه ولا يحصل المقصود باحضار مال اخر للتعويض فيصح له الرجوع بهذا الاعتبار نحو

الموهوب له انما يتعلق بالتعويض بمطلق المال لانه لو كان المقصود من التعويض بمطلقه وذلك
ممنوع فتامل **قوله** ولنا الكراهة فلا زمة لقوله عليه السلام العايد في هبته كالعايد في قيئه
في المصابيح قال عمر رضي الله عنه حملت علي فرس في سبيل الله فاضاعه الذي كان عنده فاردت
ان اشتريه فسالت النبي صلي الله عليه وسلم فقال لا تشتره وان اعطاكه بدرهم فان العايد في
صدقته كالكلب يعود في قيئه وفي رواية لا تعد في صدقتك فان العايد في صدقته كالعايد في
قيئه **قوله** كما اذا انتقل في حال حيوته **قلت** الانتقال في حال الحيوة يوجب تبدل الملك
وانه يوجب تبدل العين حكما علي ما عرف واما الانتقال بعد المماة فلا يوجب تبدل الملك لما عرف
ان ملك الوارث غير ملك المورث حتي يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث قال
انه ملك متجدد من وجه حتي يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة **قلنا** لما كان متجددا من
وجه دون وجه وحق الرجوع قد كان للواهب في حيوة الموهوب له وبعد الموت وقع الشك
في بطلانه فلا يبطل وجوابه يتضح مما ذكرنا في مسلة الشهادة علي جد الميراث عند قوله ان ملك
الوارث متجدد في حق العين فعليك به **قوله** فكذا في نصفها بالطريق الاولي ويقال جاز ان
يثبت الحق في الكل ولا يثبت في البعض كما اذا اشتري عبدين وقبض احدهما ثم وجد بالاخر
عيبا فله ان يردهما او يا حدهما وليس له ان يرد المعيب خاصة وكما اذا راي احد العبدين
ثم اشتراهما فله ان يردهما وليس له ان يرد غير المرئي وجوابه ان الاصل هو ان يثبت الحق
في البعض اذا ثبت في الكل الا ان يمنعه مانع كما في مسلة العيب والروية الا ان رد احدهما هناك
يوجب تفريق الصفقة قبل التمام وذلك منهي عنه **قوله** لان المقصود صلة الرحم ويقال
المقصود من هبة الاجنبي من التحاب لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وانه يحصل بمجرد الهبة
فيجب ان يمنع الرجوع كما قال الشافعي **قوله** واذا قال الموهوب له خذ هذا عوضا عن هبتك
الي اخره اعلم ان ههنا مسلة لابد من معرفتها وهي ان العوض ينبغي ان يكون من المال الذي
هو غير الموهوب اما اذا عوض بشيء من الموهوب لا يجوز لانه ذكر في المبسوط وان كانت الهبة الف
درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع في الهبة وكذلك
ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفر ان هذا عوض لان ملك الموهوب له في
الموهوب يثبت بالقبض فالتحق المعوض بسائر امواله فيصلح عوضا قل او كثر قلنا هذا ووجه
قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقينا انه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك
الدراهم لنفسه لان ذلك كان سالما له كذا في الشرح وقد يشكل هذا بما ذكرنا انه من قبل نقلا
عن المبسوط ان العوض يكون من جنس الهبة ومن غير جنسها فهذا يدل علي انه لو وهب

الف درهم وعوض الموهوب له بدارهم من ماله يصح مع انا نعلم يقينا لنه يهبه ما فضل تحصيل درهم من
ملك الموهوب له لان مثله من كل وجه كان سالما له فلا يقبل اخذ المثل الا يرى ان المالك الكريم
لا ياخذ المثلي بدل القيمة لانه لو اخذه لرد مثله وذلك لا يفيد ولانه لما قال له الموهوب له خذ
هذا عوضا عن هبتك واخذه الواهب عوضا عنه فقد ظهر ان ما قصده بالهبة قد حصل له فلا لما
اقدم على اخذه عوضا فلما وجب لنه يقال ان بعض الموهوب لو لم يجعل عوضا لا دى الى عوضية
الشي لنفسه لان ما جعل عوضا منه داخل في المعوض ايضا فيكون بعض اجزاء المعوض عوضا النفس
وذلك باطل قوله لان العوض لاسقاط الحق قلت بل التاكيد ملك الموهوب له وللتاكيد حكم
الايجاب فيثبت بهذا العوض الملك للموهوب له حكما ولا يثبت للاجنبي بمقابلته شي لا اصل الملك ولا
التاكيد الذي هو في حكم الايجاب فلا يكون كالموهوب له بخلاف بدل الخلع والصلح عن دم العمد حيث
لا يثبت للمراة والقاتل شي بمقابلة ما يؤديه من العوض فهما والاجنبي سواء قوله لانه لم يسلم له ما
يقابل نصفه نص على ان الهبة انما يسلم له بمقابلة العوض وقد اشار قبيله الى ان الاجنبي والموهوب
له سواء في اداء العوض حيث لا يسلم لما شي بهذا التعويض شي قوله واذا استحق نصف الهبة
رجع بنصف العوض وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي والفرق ان المعوض
ما ملك العوض الا جزاء فيعتبر حكم المقابلة في حقه اما الواهب فيملك ابتداء من غير ان يقابله شي
ثم تاثيره في اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه فالحاصل
ان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة من حيث ان المعوض متبرع فيه وشبهة المبادلة
من حيث انه ملك مضافا الى الهبة فيوفر حظه عليهما فيقول لشبهه بالمبادلة انه اذا استحق الكل
رجع بالهبة ولشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شي من الهبة الا ان يرد ما بقي كذا
في الشرح قوله لانه مختلف بين العلماء فينتقض بخيار العتق اذا كان الزوج حرا فانه ايضا مختلف
فيه ولا يحتاج فيه الى القضاء الا ان يجعل مجموع ما ذكر من الاختلاف والوهي في الاصل والخفاء
في حصول المقصود وعدمه دليلا وحاصله ان حق الرجوع حق ضعيف بوجوه فاشترط القضاء او
الرضا للتاكيد قوله لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ الخ قلت قد تقدم ان المقصود بالعقد
هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته وهذا يبين لك لان حق الرجوع ليس بمقتضى
العقد بل لفوات العوض كما ان العقد لا يوجب الفسخ بل يوجب الحق في وصف السلامة ثم يثبت الفسخ
بناء على فواته فلا يفترقان ولفظ الكافي فيما تقدم اظهر في عدم الافتراق بين الهبة والبيع في حكم
الفسخ حيث قال ولانه فات المقصود بالعقد فيثبت للعاقد ولاية الفسخ دفعا للضرر الناشي من
زوال الملك الخالي عن المقصود كالمشتري اذا وجد بالمشتري عيبا وهذا لان المقصود بالهبة للاجانب

العوض

العوض والمكافاة عادة ولهذا يقال الايادي قروض وقد نادت بالشرع قال عليه السلام تهادوا تحابوا
والمعروف كالمشروط والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين هذا لفظه فانظر كيف الحق حق الفسخ
في الهبة بحق الفسخ للمشتري في البيع اذا وجد بالمبيع عيبا فعلم ان حق الفسخ في كل واحد منهما
على نمط واحد ويمكن ان يجاب بان حق الفسخ للواهب مقتضى هذا التعليل ان كان يثبت بضرورة
فوات المقصود كما يثبت للمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فالحديث الذي تمسكوا به من قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها يدل على ثبوت حق الفسخ للواهب بالعقد مطلقا والعمل بالنص
اولى من الراي فالتعليل يوافق الحديث في اثبات نفس الفسخ ويخالفه في اثباته بطريق الضرورة
فيعمل به فيما يوافقه ويرجح الحديث فيما يخالفه قوله ~~اشتمل على جهتين~~ يكون فيخامس الاصل
فان قلت لو كان الرجوع فيخامس الاصل لوجب ان يعتبر من كل المال اذا اصدر الرضا به
من المريض وهو معتبر من الثلث لا من الجميع قلت القياس ان يعتبر من الكل الا ان في
الاستحسان يعتبر من الثلث لان الراد في مرضه باختياره يتهم بالقصد الى ابطال حق الورثة
فلرد بقصده جعل معتبرا من الثلث لا لانه تمليك مبتدا بخلاف الرد بالقضاء اذ لا تهمة هناك
قوله فاشبه الاستثناء وجه المشابهة ان في صورة اعتاق الجنين لا يبقى الحمل على ملك الواهب
كما لا يبقى على ملكه بالاستثناء لعدم صحته وكانت هبة الجارية في الصورتين هبة شي غير مشغول
بملك الواهب فيصح اذ لا مانع هنا سواه بخلاف تدبير الجنين فانه بعد التدبير يبقى على ملكه فيكون
هبة الجارية هبة شي مشغول بملك الواهب فلا يجوز وقد يقال هبة الجارية في صورة الاعتاق
وان كان هبة شي غير مشغول بملك الواهب فلا يخفى ان قبض الجارية لا يتحقق الا بضم الجنين
اليها فيكون في معنى هبة المشاع من حيث ان القبض في كل منهما لا يمكن الا بضم غيره اليه وانه
يمنع كمال القبض على ما مر الكن يجاب بان الجنين جزء من وجه نفس على حدة من وجه الا يرى
انه يتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وينفصل عنها بالمقراض ويعتق باعتاقها ويدخل في بيعها من
من غير ذكر وهذه دلائل كونه جزءا وانه يقبل الاعتاق مقصودا ويجب الغرة بقتله وهذا اية كونه
نفسا فاعتبرناه جزءا في صورة الاعتاق فلا يتوقف قبض الجارية على قبض غيرها حتى يورث نقصانا في
قبضها واعتبرناه نفسا في صورة التدبير والموهوب فجعلنا هبتها كهبة المشاع ولم يعكس لان الهبة لو
صحت مع التدبير والموهوب مشغول بملك الواهب فلان يصح مع الاعتاق وان الموهوب غير مشغول
بملك الواهب اولى فلم يتحقق العمل بالشبهين قوله اشتمل على جهتين فيجمع ما امكن فان قلت
العمل بالشبهين يمكن ايضا فيما اذا قال بحرف الباء بان يقول وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا مع
انه بيع ابتداء وانتهاء بالاجماع قلت لا نسلم ان العمل بالشبهين ممكن هناك بل ذكر حرف الباء

تدخل في الاثبات تصريحا بمعنى البيع فصار كما قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهرا بكذا حيث
يكون اجارة ابتداء وانتهاء قوله فيبقي هبة المشاع فان قلت نعم ولكن هبة المشاع فيما لا يحتمل
القسمة جائزة والجارية مع الحمل مما لا تحتمل القسمة لان المعنى بعدم احتمال القسمة سواء تهلك
بالقسمة او يتعيب وهنا كذلك قلت ان عرضية الانفصال في الحمل في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل
منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا
في الشرح ولكنه يشكل بما ذكر الشارح في كتاب البيوع في الفرق بين حمل الجارية وزرع الارض
من حيث ان الحمل يدخل في البيع من غير ذكر والزرع الارض لا يدخل الا بالذكر حيث قال انه
لما لم يقدر غير الله على فصل الولد من امه وجد المجانسة بينه وبين امه نزل منزلة الجزء من
امه فلم يعتبر انفصاله في ثاني الحال لوجود معنى الجزئية في الحال من كل وجه ولعدم تمكنه
البايع من فصله اما الزرع فليس من جنس الارض فلم يمكن اعتبار معنى الجزئية فيه حتى يصح
تبعا لها الى اخر ما قال هناك ووجه الاشكال ظاهر فليتامل بل الجواب انا انما اكتفينا بالناقص
من القبض فيما لا يحتمل القسمة اذا وهب جزءا شايعا منه لعدم امكان الكامل من القبض فيه
وهنا القبض الكامل متصور بعد انفصال الجنين منها فيجب التوقف الى ان ينفصل والله اعلم
قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها انما قيد به لانه اذا
شرط العوض من غير تلك الالاف بان يقول وهبت لك هذه الدار على ان تهب لي ثوبك هذا فالشرط
جايز قوله وهو يبطل في المعاملات دون التبرعات فان قلت الرهن ايضا من التبرعات على
ما يجيء التصريح به في كتاب الرهن مع انه يبطل بالشروط الفاسدة على ما ذكر في الكتاب من قبل
قلت انه تبرع ابتداء ولكنه معاوضة انتهاء فقلنا بانه يبطل بالفاسدة من الشروط اعتبارا بجهة
المعاوضة اما جهة التبرع فقد اعتبرت في احكام اخر سيجيء بيانها في الرهن ان شاء الله تعالى
مع انه ذكر الرهن في بيوع العدة من جملة ما لا يبطل بالشروط الفاسدة قلنا لئن يمنع قوله
وهبة الدين ممن عليه ابراء هذا يقتضي ان هبة الدين وابراءه في حكم واحد من حيث ان
كل واحد لا يتوقف على القبول كما هو منصوص عليه في المغني ولكن ذكر في المبسوط ان هبة
الدين لا يتم الا بالقبول وابراءه يتم بدونه قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة
التي يحلف بها كالطلاق والعتاق هذا تصريح من المصنف بان الاعتاق اسقاط محض وذكر في
الكافي في باب الخلع ان الاعتاق من قبيل الاثباتات حيث قال ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي
صحيح بخلاف التزام المال من الاجنبي بمقابلة العتق فانه لا يجوز لان اشتراط البدل على
الاجنبي في الاسقاطات جائز وفي الاثباتات لا يجوز والخلع من الاسقاطات والاعتاق من

الاثباتات هذا لفظه وذكر في تعليقات الامام البرغري ما يدل على ان الاعتاق اثبات من وجه اسقاط
من وجه وليس باسقاط محض حيث قال واما صحة التعليق لان تعليق الاعتاق بالشرط فلان الاعتاق
اثبات القوة في العبد بواسطة ابطال الملك ومن حيث الابطال يتعلق بالشرط هذا لفظه وهكذا
ذكر في الحاشية في الكتاب العتاق عند قوله واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط حيث قال فيها لان
العتاق اثبات القوة عندنا لكن بواسطة ازالة الملك فكان فيه معنى الاثبات والاسقاط جميعا
هذا لفظها فعلى هذا قول المصنف ههنا كالطلاق والعتاق محل تامل ووجه التوفيق ان الاعتاق
من حيث انه تصرف صادر من العبد ليس الا ازالة الملك واسقاطا لحق اما ثبوت القوة الشرعية
فذلك باثبات الرب اياه على ما عرف فيكون الاعتاق من حيث هو اثباتا من وجه اسقاطا من وجه
اما بالنظر الى المعتق والمعلق فاسقاط محض وبهذا يسقط المخالفة فتامل قوله انه عليه السلام اجاز
العمري ورد الرقبى فان قلت هو معارض بما روي انه عليه السلام اجاز العمري والرقبى قلت
الرقبى قد يكون من الارقاب وقد يكون من الترقب فيحمل الحديث المجوز على ان يكون من الارقاب
وهو جعل رقبة الشيء لغيره والمحرم على ان يكون من الترقيب توفيقا بينهما كذا في الشاهان وانه انما
يتم لو كان الارقاب بمعنى جعل رقبة الشيء لغيره ولكن ذكر في الصحاح الارقاب والترقب بمعنى حيث
قال ارقبته دارا وارضا وهو ان يقول ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي والاسم الرقبى
قوله وان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك ويقال لو كان معناه هكذا لنبه ان يكون وصية
اذ ليست الوصية الا تمليك مضاف الى موت الموصي قبل موت الموصى له لان الموصي قبل موت الموصى
له شرط لنفاذه ذكرا ولم يذكر فاذا ذكر كان تصريحا بمعنى الوصية والعبرة في العقود للمعاني كما عرف قوله
لانه يتضمن اطلاق المنافع به مشكل لان الرقبى عندهما تعليق التمليك بالخطر فما يدل الامر انه يتضمن
الاذن بعد الموت والمقصود اثبات الاذن بالانتفاع في الحال ولا دلالة للتعليق عليه والله اعلم
بالصواب

كتاب الاجارة

قوله وقد تحدث الاثار لبعضها الى شرعيتها في
اصلها وانعقادها لترتب الاحكام عليها قوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد
اليها ليرتبط الايجاب والقبول هذا اشارة الى ان العين اذا لم يذكر في العقد بل ذكرت المنفعة
بان قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا لم يصح وهو رواية البزدوي وذكر في المحيط اذا قال
اجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا او وهبت لك منافع هذه الدار شهرا بكذا او ملكتك منافع
هذه الدار شهرا بكذا يجوز واذا قال بعت منافع هذه الدار شهرا بكذا فالاجارة فاسدة لان القياس
يابى جوازها الا ان الشرع ورد به اذا باشر العقد على العين او المنفعة بلفظة الاجارة غير انه الحق
بها كل لفظ لا يختص بتمليك العين كلفظ الهبة والعارية والتمليك ولفظ البيع يختص به فلا

بلحق بما يبقي علي القياس وقال الشيخ الاسلام فصل بيع السكني مشكل لان لفظ البيع سبب لملك المنفعة فينبغي ان يجوز استعارته لتمليك المنفعة قال والوجه فيه ان المنفعة معدومة فلا يصلح محلا لاضافة العقد اليه الا انه اقيم العين مقامها في جواز الاضافة اليها ولفظ البيع ان اضيف الي العين فهو صالح لتمليكها فلا يجعل مجازا وان اضيف الي المنفعة فهي معدومة لا تصلح لاضافة العقد اليها هاهنا لو قال الحر بعت نفسي منك شهرا الي بكذا لعمل كذا فهو اجارة قال صاحب المحيط وهو مشكل عندي الا ان علة عدم الجواز لو كانت هو العدم ينبغي ان لا ينعقد الاجارة بلفظ الهبة والتمليك وبالاجماع انه ينعقد بها هذا كلامه ولكن انعقاد الاجارة بلفظ الهبة والتمليك اذا اضيف الي المنافع ممنوع علي اختيار شيخ الاسلام ودعوي الاجماع غير مسلم عنده ولو سلم فالقياس يقتضي ان لا ينعقد الاجارة عند الاضافة الي المنافع لان الشرع ورد بجوازها اذا باشر العقد علي العين او المنفعة بلفظ الاجارة فجوزنا ها عند اضافته الي المنفعة بلفظ الاجارة علي خلاف القياس ثم الحقنا به لفظ التمليك والهبة مما لا يختص بتمليك العين بلفظ الاجارة فجوزنا بها ايضا **قوله** لما روينا لعل الدلالة ما روينا وهو قوله عم فليعلمه اجره وذلك لان الاصل في العقود هو المعقود عليه فلما اشترط اعلام الثمن وهو المعقود به فلان يشترط اعلام المبيع اولي **قوله** كالاعيان لعل الف لبس من ذوات الامثال فانها اذا كانت معينة يصح اجرة ولا تصلح اجرة بان استاجر ملكه دار بركوب دابته ولا تصلح ثمنا في البيع **قوله** والاجرة لا تجب بالعقد المراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد كذا في الشاهان وقيل معناه لان الاجرة لا يملك بنفس العقد ان كان عينا ولا يجب في الذمة ان كان دينا وهذا اوفق بما ذكر في الكتاب من قوله ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا الي اخره فهذا الدليل يقتضي ان الملك في الاجرة لا يجب بنفس العقد ولو كان نفس الوجوب ثابتا بالعقد لثبت الاجرة في الذمة كالدين المؤجل فيكون مملوكة قبل استيفاء المنفعة اذا الثابت في الذمة مملوك فلا يتحقق التسوية المطلوبة في عقد المعاوضة ولانه قال لا يثبت الوجوب المنفي بقوله ويتحقق باحد معاني ثلثة ولا يخفي ان الثابت باستيفاء المنفعة هو نفس الوجوب لا وجوب الاداء لان الاداء انما يجب بالخطاب والطلب واستيفاء المنفعة ليس من الطلب في شيء فظهر ان المنفي هو نفس الوجوب ولان علم وجوب الاداء الذي يتعلق بالخطاب بنفس العقد مما لا يرتاب فيه فلا حاجة الي بيانه فما ذكر في الشاهان ان كان يوافق الروايات فهو يخالف ما اشار اليه المصنف وهو اصح الروايتين **فان قلت** لو لم يكن الاجرة واجبة بنفس العقد لكان ينبغي ان لا يصح الابراء عنها والرهن والكفالة بها وهذه التصرفات صحيحة **قلت** صحة هذه التصرفات لا يستدعي الوجوب بل يكفي وجود السبب في صحتها علي ما عرف وسبب الوجوب موجود هنا وهو العقد فتصح **قوله** واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها هذا اذا كانت الاجارة صحيحة وتمكن من الاستيفاء في المدة وفي المكان الذي وقع العقد في حقه حتي اذا كانت الاجارة فاسدة لم يجب الاجر الا بحقيقة الاستيفاء وكذا اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه الاجنبي او تمكن منه ولكن لا في المدة او لا في الموضع الذي وقع العقد في حقه بان استاجر دابة الي الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب او استاجر دابة الي الكوفة فسلمها المؤجر وامسكها المستاجر ببغداد حتي مضت مدة يمكنها المسير فيها الي الكوفة لا تجب الاجرة في هذه الوجوه فالمدة مقيدة بهذه الي هذا اشير في الشرح **قلت** انه سهو وضع المسألة في استيجار الدار للسكني ثم اشار بقوله اذا غصبها غاصب سقطت الاجرة الي ان قبضها في جميع المدة يتمكن من استيفاء المنفعة فيها وفي الموضع الذي وقع العقد في حقه فلا حاجة الي هذين القيدين وكذا التقييد بالتمكن من الاستيفاء مستفاد بقوله فاذا فات التسليم فات التمكن فلا حاجة الي التصريح به **فان قلت** هذه القيود علي ما ذكرت تستفاد بالتعليل الذي ذكره المصنف في شرح القدوري وسؤال الشارح انما هو علي لفظ القدوري انه اطلق ما يجب تقييده وليس في كلام القدوري ما يدفع عن هذه القيود **اجيب** بان القدوري اورد لفظ محمد مع طرح تعليله الذي يستفاد منه هذه القيود ومحمد ذكر المسائل مع الدلائل فكان لفظه غير محتاج الي هذه القيود اما التقييد بكون الاجارة صحيحة فلا بد منه فيما انه لم يذكره للشهرة او اراد بالدار هو الدار المستاجر بالاجارة الصحيحة بجعل اللام فيه للعهد **قوله** حتي يفرغ من العمل لا بد وان يقول ويسلمه لان المراد هنا من يعمل في بيته لا في المستاجر بقرينة قوله كذا اذا عمل في بيت المستاجر ومن يعمل في بيته لا يستحق الاجر بمجرد الفراغ حتي يسلم اليه **قوله** لان العمل في البعض لعل البعض اليسير غير منتفع به وفي الكثير ان كان ينتفع لكنه غير مسلم اليه والتسليم شرط لاستحقاق الاجر فيما اذا خاط في بيته **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ هذا مخالف لعامة الكتب ففي المبسوط لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا فخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الي صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء علي حصول كمال المقصود وفي الذخيرة وفي الاجارة التي ينعقد علي العمل ويبقي له اثر في العين يجب عليه الاجر بعد ايفاء العمل كله الا ان يعمل الخياط والصباغ في بيت صاحب المال فيكون الجواب فيه كالجواب في الجمال علي قوله لا اخره يجب ايفاء الاجر بقدر ما استوفي من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال وذكر الامام قاضي خان لو استاجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجر

قوله وهذا اللفظ لا يصلح الاجرة ... (marginal note, partly illegible)

ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا فان قلت انكم اقمتم العين مقام المنفعة فيكون تسليمها تسليم المنافع اجيب بان المعقود عليه حقيقة هي المنافع الا ان العين اقيمت مقامها لربط الايجاب والقبول فيها واما ذكر العقد واقع علي المنافع التي يتوجد وانها لا تملك قبل الوجود ولا يجوز تسليمها الي المستاجر قبله فلا يملك اجرتها قبل استيفائها ايضا

بقدره وهكذا في غيره لكن ذكرا الحكم في التجديد والله اعلم بما هو الحق عندك ثم ذكر الامام قاضي
خان في الفرق بين الخياطة والخبز فقال ان احترق الخبز في التنور قبل الاخراج لا اجر
له سواء كان في بيت المستاجر او في بيت الاجير لان الخبز قبل الاخراج لا يصير منتفعا به بخلاف
الخياط اذا خاط في منزل رب الثوب فهلك الثوب بعد ما خاط بعضه تجب حصته من الاجرة لان
قدر ما خاط منتفع به ثم قيل يوفق بين الروايات بان ما ذكره المصنف من انه لا يستوجب الاجر
قبل الفراغ فالمراد به من الفراغ من عمل له حصة معلومة من الاجر وما ذكره غيره فالمراد منه ايضا
من العمل الذي له قدر وقيمة وله حصة معروفة فيما بينهم على ما يشعر به التفصيل في الذخيرة بقوله
يجب الاجر بعد ما اتى بشيء من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال ولو لم
يأول كلام المصنف به لاشكل الفرق بين مسئلة الجمال وهذه المسئلة فان الجمال يستحق الاجر في كل
مرحلة مع ان المقصود لا يحصل بكل مرحلة على الكمال فكان اشتراط حصول المقصود في الخياط
على الكمال دون استحقاق الحمل تحكما **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رضي الله وعند من انضمن وهذا
اختيار القدوري وعند غيره لا ضمان عليه بالاجماع اما عنده فظاهر وكذا عندهما لانه هلك بعد التسليم
ولكن قال القدوري يضمنون عندهما فلا يبرأ الا بحقيقة التسليم دون الوضع كما هو الحكم
في المغصوب **قوله** لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل
كما في البيع وفي هذا نوع مخالفة لما اختاره المصنف في مسئلة استيجار الظئر من ان المعقود
عليه هو نفس العمل اما الصبغ فيستحق تبعا وفي استيجار الظئر المعقود عليه الخدمة اما اللبن فيستحق
تبعا ومن هذا قيل المراد بقوله لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب انه من حيث الاعتبار
اما من حيث الحقيقة فالمعقود عليه هو العمل وبهذا صرح في الكافي هنا وتوضيحه ان الاجارة تنعقد على
العمل لانها عقد وضع لاستحقاق المنافع ولكن المقصود في استيجار القصار والصباغ هو التوصل الى
العين فمن حيث ان الاجارة تنعقد على العمل كان المعقود عليه هو العمل ظاهرا ومن حيث ان
المقصود من انعقاد العقد على العمل هو التوصل الى العين كان المعقود عليه من حيث المعنى هو
العين كالصبغ واللبن فقلنا جاز للصباغ ان يحبس الثوب المصبوغ لاستيفاء الاجر لان الصبغ
القائم بالثوب هو المقصود للعاقد بايراد العقد على العمل فصار كانه باع الصبغ منه والعين اذا
بيع فللبائع ان يحبسه حتى يستوفي بدله فكذا هذا فالمراد بالحقيقة هو الظاهر وبالاعتبار هو المعنى
والعبرة للمعنى والمقصود دون الصورة والمعنى هنا يوجب حق الحبس وان كان الصورة لا يوجب
ذلك فيكون له حق الحبس ترجيحا لجانب المعنى والله اعلم **قوله** وغسل الثوب نظير الحمل لانه ازالة
للدرن لا احداث للبياض بل البياض كان للثوب لكنه صار مستورا بالدرن فاذا زال الدرن ظهر

البياض الاصلي **قوله** وقد احياه وكانه باعه منه وقيل يقال مثل هذا لا يوجب حق الحبس
الا يرى ان فداء العبد الجاني اعتبر شراء على ما مر في المضاربة ان العبد الجاني كالزائل
عن ملك المولى بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء مع انه ليس لولي الجناية ان يحبس العبد
حتى يستوفي الفداء وايضا الجعل مقدر باربعين درهما اذا رده من مسيرة سفر وان كان اقل من
ذلك فيجب ان يكون على ما مر وانه يجري ان الجعل بمقابلة العمل حيث يتفاوت ولو كان بمقابلة
العين لما تفاوت

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قوله للسكنى موصلة للدود والحيوانات الاصلية لاستيجار الدود والحيوانات الملحقة للسكنى
لان يترك زمان العقد استاجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون
له ان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت كذا في الشاهان وذكر الشارح ههنا ما
يدل على ان الحكم في صورة التنصيص على السكنى وفي صورة عدم التنصيص عليه سواء حيث
قال وقوله وله ان يعمل كل شيء صورة المسئلة وجوابها وقوله للاطلاق دليلها اي يجوز
له ان يعمل فيها كل شيء لانه اطلق السكنى ولم يقيده بشيء فيتناول جميع ما يتم به السكنى من
الاعمال التي ههنا لفظه فهذا يدل على ان غير السكنى من غسل الثياب والوضوء وكسر الحطب وغيرها
من توابع السكنى انما يملكه المستاجر من حيث انها من متممات السكنى فسواء صرح بالسكنى او لم يصرح
ينبغي ان يملكه لانه من متمماته فتبين ان ما ذكر في الشاهان من قوله لو نص هكذا لا
يعمل فيه غير السكنى ان اراد انه لا يكون له غير السكنى مما هو من متممات السكنى فممنوع بل
السكنى لو ذكر مطلقا يتناول جميع متمماته على ما هو المذكور في الشرح وان اراد انه لا يعمل غير
السكنى من الاعمال التي ليست من توابع السكنى فهو كما لا تملك ان يعمل ذلك في صورة التنصيص
على السكنى ليس له ان يعمل ذلك في صورة عدم التنصيص به ايضا فلا اثر فيه للتنصيص على
السكنى **قوله** بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع حتى يجوز بيع الجحش
والارض السبخة فلا يدخل فيه من غير ذكر الحقوق وفي هذا نوع مخالفة لما مر ذكره في
اول البيوع من قوله والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعضه منه اذ لا
ينتفع به بدونه هذا لفظه ففيه دلالة على ان الانتفاع ايضا مقصود في البيع على عكس ما ذكر
ههنا وجوابه ان دخول المفتاح في بيع الغلق ليس باعتبار ان الانتفاع في البيع مقصود بل باعتبار
انه بمنزلة البعض غاية الامر انه يصير بعضا من حيث انه لا ينتفع به بدونه اصلا كما لا ينتفع بالكل
بدون الجزء بخلاف الشرب والطريق فان الانتفاع بالارض ممكن بدونه في الجملة الا يرى ان
استحقاق الشفعة يثبت بدونهما وذلك عين الانتفاع فلا يكونان بمنزلة البعض فلا يدخلان في

البياض

البيع بدون الذكر قوله وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين لئلا يقع المنازعة قال
الشارح ولم يذكره في الكتاب فان زرع نوعا من انواع الحبوب ومضت المدة ما حكمه وذكر
في الذخيرة والجامع الصغير لقاضي خان انه اذا زرعها نوعا ومضت المدة فالقياس ان يجب
عليه اجر المثل وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد جائزا لان المعقود عليه صار
معلوما بالاستعمال وذلك لان الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والفساد
كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت كان لا رتفاع وقت العقد فيعود جائزا ثم لفظ قلت
كان اراد بالكتاب غير الهداية ولا فكم هذه المسئلة مذكورة فيها في اخر باب الاجارة الفاسدة وسيأتيك
ان شاء الله تعالى قوله فان اطلق الركوب جاز قيل المراد منه ان يقول اجرتك هذه الدابة
للركوب على ان تركب عليها من شئت لان الرواية منصوصة انه لو اطلق الركوب للركوب
ولم يبين من يركب فالاجارة فاسدة وقيل هذا الذي ذكره المصنف محمول على اخر الحال
وذلك لانه لو اطلق الركوب ولم يبين من يركب عليها فالعقد ان كان ينعقد فاسدا لكنه
اذا لم ينقص حتى ركب بنفسه او اركب غيره ينقلب جائزا استحسانا قوله مثل ان يقول خمسة
اقفزة قيل بالاقفزة لانه ذكر في المبسوط لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن
من الشعير يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة فاما مثل كيلها من الشعير
فلا ياخذ من ظهرها اكثر مما ياخذه الحنطة ولكن ذكر في الذخيرة في هذا عدم الضمان وقال
ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح لان ضرر الشعير مثل
ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنا لانه لا ياخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة اكثر
مما ياخذه الحنطة فكان داخلا تحت الاذن وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا ذكره الشارح قوله
فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره فان قلت هذا اشارة الى ان
الانبساط على الظهر اخف على الدابة من الاجتماع عليه وبه يشكل ما ذكرنا من رواية المبسوط انه
لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير انه يضمن وعلله بانه ياخذ
من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة وفيه اشارة الى ان الاجتماع على ظهرها اخف عليه من
الانبساط فما وجهه قلت الاشكال ان الاجتماع التام كاجتماع الحديد والانبساط التام كانبساط الشعير كل
واحد منهما يضر بالدابة اما الاجتماع التام فظاهر لان الحمل يجتمع على الدابة بتنزيه الثقل على الظهر
وينقل باجتماعه في موضع واحد وكذا الانبساط التام يمنع من وصول الريح الى الظهر ثم الاجتماع
التام اشد عليه من الانبساط التام على ما لا يخفى اذا تقرر هذا فنقول اذا سمى الحنطة وزنا
لم يكن له ان يحمل الشعير مثل ذلك الوزن لان الحنطة اخف على الدابة لانعدام الاجتماع التام
ولانبساط

والانبساط التام فيه بل فيها اجتماع من وجه وانبساط من وجه واما الشعير ففيه الانبساط التام والانبساط
التام احق من الاجتماع التام في الحديد فلا يكون اضر من الحديد فبهذا ظهر ان ما ذكر في المبسوط
اصح مما ذكر في الذخيرة قوله وان استاجرها ليركبها فاردف معه قيل بالارداف لانه
لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيقه لان تركب عليها
مع اختلاف الراكب مع الذي حمل على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق عليه
اما اذا كانت لا تطيق ذلك فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها قوله رجلا الى شخصا يتمكل
بنفسه على الدابة رجلا كان او صغيرا قيد به لانه لو اردف صبيا لا يستمسك بنفسه فانه يضمن
بقدر الثقل قوله ضمن نصف قيمتها لعدم تمام الاجر اذا كان الهلاك بعد البلوغ الى المقصد
فان قلت ذكر في المبسوط ان لا اجر مع الضمان لا يجتمعان قلت انما ينتفي الاجر مع وجوب
الضمان لانه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه في ملكه وههنا لا يملك بتاء جزء الضمان
ما شغل بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر
بمقابلة ذلك ليسقط كذا في الشرح ويشكل هذا بما اذا استاجر ارضا ليزرع فيها حنطة فزرع
رطبة ما نقص ولا اجر فهناك ينتفي الاجر باعتبار وجوب الضمان مع ان المستاجر لا يستقيل
بهذا الضمان ملكا لا في النقصان الذي ضمنه ولا في الارض المستاجرة فلو امتنع اجتماع الاجر
مع الضمان باعتبار انه يملكه بالضمان لكان ينبغي ان يجب الاجر في هذه المسئلة لانه لا يدخل
في ملكه بضمان النقصان شيء فالاوضح ان يقال معنى قولنا ان الاجر والضمان لا يجتمعان
ان العمل الذي يجب الضمان على المستاجر به لا يجب الاجر عليه بمقابلته لان الاجر لا يجب
الا بمقابلة عمل يتحقق بالاجارة والضمان لا يجب الا بعمل لا يتناوله العقد فاستحال ان يجب
الاجر بمقابلة عمل يجب الضمان به لاستحالة ان يكون المستاجر ماذونا في العمل الواحد وغير
ماذون فيه وفي مسئلة الكتاب يجب الضمان بمقابلة عمل لم يدخل تحت العقد وهو الارداف
والاجر يجب بمقابلة ما دخل تحته وهو ركوبه واما في مسئلة استيجار الارض فالضمان يجب بمقابلة
عمل لم يدخل تحت العقد فاستحال ان يجب الاجر بمقابلة العمل الذي تناوله العقد لم يوجد
حتى يجب الاجر بمقابلته قوله لان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن
وفيه نظر لما عرفت انه اذا اردف صبيا لا يستمسك على الدابة او وضع متاعا فعطبت يضمن
بقدر الثقل فلو لم يمكن معرفة الوزن في الادمي كيف يتوزع الضمان على ثقله وثقل الصبي
او المتاع والتوزيع على ثقل الراكب وثقل الصبي او المتاع لا يمكن الا بعد معرفة ثقل
الراكب بالوزن وكذا لو لم يكن للادمي موزونا باعتبار انه يثقل نفسه مرة ويخفف اخرى

كي يعرف ثقل الصبي الذي لا يتمكن على الراحلة حتى يجب الضمان بقدره قوله ضمن ما
زاد الثقل فكذا فيما اذا حمل عليها احد عشر مختوما مثلا دفعة واحدة والشرط عشرة اما اذا حمل
عليها عشرة مخاتيم ثم حمل عليها مختوما وعطبت يضمن قيمتها بتمامها كما في مسألة الطحن ومنها اذا
استاجر ثورا للطحن بعشرة مخاتيم فطحن احد عشر مختوما فانه يضمن جميع قيمته وكما في مسألة السفينة
ومنها اذا استاجر سفينة ليحمل عليها مائة من فحمل عليها اكثر منه تضمن جميع قيمتها وذلك ان
الهلاك في هذه الصورة يضاف الى اخر اجزاء العلة وجودا وهو في ذلك متعد من كل وجه وفيما
اذا حمل الزيادة مع المزيد عليه دفعة واحدة يضاف الى الكل فانقسم على المأذون وغيره
قوله لعدم الاذن فيها اصلا لا في الزيادة ولا في المزيد عليه لان الاذن في المزيد عليه
مقيد بشرط ان لا يحمل عليه ما لا يطيقه الدابة بحكم العرف فاذا فات الشرط ظهر انه لم يكن
ماذونا في شيء اذ الراضي بالشيء مع شرط لا يكون راضيا دونه قوله والفرق ان المودع
مامور بالحفظ الى اخره فان قلت لو استاجرت امراة ثوبا لتلبسه اياما فلبست بالليل ضمنت ثم اذا
جاء ... وذلك براءة المستاجر عن الضمان بالرجوع الى الوفاق قلنا وجوب الضمان عليها بالاستعمال
دون الليل فان لها ان تمسكه بالليل والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد
بمجيء النهار وعينا وجوب الضمان بامساك الدابة بعد المجاوزة بدليل انه لو لم يركبها حتى هلكت
ضمن ولا امساك باق بعد العود الى الحيرة فلا يبرأ الا بسبب مبرئ وهو الرد الى يد نائب مقام
يد المالك ولم يوجد كذا في الشرح نقلا عن الامام المحبوبي رحمه الله وفيه بحث اما اولا فلان الموجب
للضمان هو الامساك الذي لا بقاء بلا عوض وبعد العود الى الحيرة لم يبق ذلك الامساك بل هو
الامساك بجب الاجر ... وذلك غير موجب للضمان فلا فرق بين المسئلتين واما ثانيا فلانها
قد صارت غاصبة بالاستعمال والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد الى يد المالك او نائبه وحينئذ
بالنهار علم ان المستاجر يبرأ عن الضمان بالرجوع الى الوفاق وما ذكر من ان الاستعمال لا يبقى
قلنا نعم ولكن الضمان الذي لحقها بالاستعمال لا يسقط الا بالرد الى المالك قوله اذ لا فائدة في
التقييد بغيره اي بغير السرج الذي اسرجه وهو الذي عند المالك فيكون قوله ... التقييد بعينه وقوله
في التقييد بمعنى واحد الا انه لو قال بعينه كان الضمير راجعا الى السرج الذي اكترى به قوله
بغيره عائدا الى الذي اسرجه والمقصود واحد والشارح جعل الضمير في قوله بغيره للسرج الذي
اكترى به وتكلف فقال لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عند
صاحب الدابة اذا كان غير السرج مماثلا ثم قال وكان الاولى ان يقال في التقييد ... بعين
السرج الذي عند المالك كما قال المحبوبي رحمه الله قوله وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن اي

كل

كل القيمة عند الهلاك عند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا كان السرج بوزن سرجين والاكاف بوزن
ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها قوله وكذا يبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا يبسط عليه الاخر وكان
مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة هذا التعليل يقتضي انه اذا اوكفه في نوع السرج يضمن
عنده مطلقا سواء كان ذلك الاكاف مما يوكف به الحمر او لم يوكف به وسواء كان مساويا للسرج
في الوزن او زائدا عليه وفيه ... يعرف بالتامل قوله وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى
فان قلت كيف اجتمع هنا الضمان مع الاجر والضمان والاجر لا يجتمعان قلت ليس هذا جمعا
بينهما بل هو بهما في حالين فالضمان في حالة عدم التبليغ والاجر في حالة التبليغ ولئن سلمنا
لكن هذا الجمع لا باس به فانه ذكر الامام المحبوبي ولا يبعد ان يضمن عند الهلاك ويلزمه الاجر
عند السلامة كالعبد المحجور اذا اجر نفسه فان تلف كان المستاجر ضامنا وان سلم يجب له الاجر
فهذا مثله كذا في الشرح وقد يشكل على هذا الوجه الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا استاجر عبدا
للخدمة فسافر به يصير ضامنا ولا اجر عليه وان رده الى المولى سالما وعلله الشارح نقلا عن المبسوط
والذخيرة بان الاجر والضمان لا يجتمعان حيث قال في اول باب اجارة العبد وان سافر به فهو
ضامن لمولاه لانه صار غاصبا بالاخراج ولا اجر عليه وان رده الى مولاه سالما لان الاجر والضمان
لا يجتمعان هذا لفظه هناك وان كان الضمان يجب عند الهلاك والاجر يجب عند السلامة مع انه
حكم بامتناع هذا النوع من الجمع ~~فالوجه في التفصي عن الاشكال هو ما ذكرنا انفا من صرف قولنا~~
~~الضمان لا يجتمع مع الاجر فليتأمل فيه~~ قوله ولا اجر له لانه غاصب فلا بد من ايجاب ضمان نقصان
الارض عليه والاجر مع الضمان لا يجتمعان ثم لفظه وقد يشكل بان عدم وجوب الاجر لو كان باعتبار
انه يضمن ما انتقص من الارض لكان ينبغي ان يسقط الاجر بقدر المضمون فقط وذلك لما مر في
الشرح ان الاجر انما لا يجب مع الضمان لانه يملكه بالضمان والاجر لا يجب عليه في ملكه ولا يخفى ان
غير المضمون لا يدخل في ملكه بالضمان فيجب ان يتقدر عدم وجوب الاجر بالمضمون وقوله
~~الاجر لا يدل على انتفاء هذا ولكن على ما ذكرنا من وجه عدم وجوب الاجر مع الضمان فلا يرد~~
~~عليه ذلك فليتأمل فيه~~

باب الاجارة الفاسدة

قوله الا يرى انه عقد يقال ويفسخ قلت
كونه مما يقال ويفسخ لا يوجب ان يكون بمنزلة البيع في الفساد بالشروط الفاسدة الا يرى ان الهبة عقد
يحتمل الفسخ مع انها لا تبطل بالشروط الفاسدة فلا بد وان يزاد هنا قيد اخر بان يقال عقد معاوضة
يقال ويفسخ وكان قوله عقد معاوضة احترازا عن سائر التبرعات وقوله يقال ويفسخ احترازا
عن النكاح قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى اي الواجب فيه الاقل
من اجر المثل ومن المسمى هنا نكت لا بد من ذكرها احدها ان هذا اذا لم يكن فساد الاجارة للنظر

اما اذا كان للنظر فيجب فيه بعد العمل مثل المسمى وذلك كاستيجار الابن اباه للخدمة فانه فاسد مع
انه اذا عمل يستحق المسمى وذكر ان الفساد المنظر حق للابن لان الاب ذل بسبب الخدمة ومتى فرغ من
العمل فالنظر في ايجاب المسمى لان في ايجاب اجر المثل احتمال النقصان بان كان المسمى زايدا عليه
واذا حكمنا بوجوب المسمى لا ينقص عنه شي فكان النظر في ايجابه هكذا ذكر في المحيط في فصل الاستيجار
للخدمة وذكر في موضع آخر ولان اجارة العبد لنفسه بدون اذن المولى ينعقد جائزة في الاخرة اذا فرغ
من العمل لتمحضه نفعا وهكذا يجوز ان يقال في الاب اذا استوجر للخدمة فلا حاجة الى زيادة قيد
وما بيناه انما اذا فسدت من الابتدا اما اذا فسدت في الانتها فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ
وصورته استاجر دارا سنة بعبد بعينه فسكن المستاجر الدار شهرا وهلك العبد قبل التسليم فعليه اجر
مثل الدار لمضي الشهر لان احد البدلين هلك قبل القبض وهو عين والآخر وهو المنفعة قايم لانه
يجب قيمته على المستاجر فلا ينفسخ العقد ولكن يفسد كما في بيع العرض فيجب اجر المثل لانه
يجب بالغا ما بلغ حتى اذا كان اكثر من قيمة العبد يجب كله بخلاف ما اذا فسدت من الابتدا
والفرق ان المنافع انما تتقوم بالعقد وفي مسلتنا الاستيفا في الشهر حصل بحكم عقد جائز من كل
وجه وانما فسدت بعد فصار المستوفي متقوما من كل وجه فصار ملحقا بالعين ومتى وجب رد العين
بسبب الفساد وتعذر رده عليه يجب قيمته بالغة ما بلغت فاما اذا كان فاسدا من الابتدا فالعقد
وجد من وجه دون وجه فيثبت التقوم بقدر المسمى لا فيما زاد عليه وقالوا انه انما يجب اجر
المثل في الفاسدة اذا استوفى المنافع بتسليم من الموجر اما اذا لم يوجد التسليم من الموجر لا يجب
الاجر بيانه رجل اشترى من آخر عبدا فلم يقبض حتى آجره من البايع شهرا كانت الاجارة باطلة
لان الاجارة لتمليك المنفعة والمنفعة تابع للعين وبيع العين قبل القبض من البايع باطل
فكذا تمليك المنافع فان استعمله البايع بحكم الاجارة لا يلزمه الاجر لان التسليم الى المستاجر من الموجر
لم يوجد وهذا ما ذكره الشارح نقلا عن الذخيرة وغيرها هذا فيما اذا كانت فساد الاجارة بسبب شرط
فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدمه لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ
ولكنه منقوض بما اذا قال ان خطت هذا الثوب اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم
اذا العقد فاسد في الغد عند ابي حنيفة رحمه الله لجهالة المسمى لان ذكر اليوم للتعجيل والغد للاضافة فيجتمع
في الغد تسميتان كانه قال بدرهم او بنصف درهم على ما يجي مع انه لا يجب هناك اجر المثل بالغا
ما بلغ بل لا يجاوز به نصف درهم في رواية ولا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف في اخرى وجوابها
انه انما لا يجاوز به المسمى اذا رضي الاجير بالمسمى وهنا اما اذا لم يرض وجهل يجب اجر المثل بالغا ما
بلغ بيانه حانوت احترق والمستاجر رجل كل شهر بخمسة دراهم على ان يعمره على ان تحسب بنفقته

الاجارة

عدم التسمية

نعم

نعم فيه الجهارة فاسدة لانه في معنى استيجار المستاجر بالقيام على العمارة وكان ادخال صفقة في صفقة
ولان شرط العمارة على المستاجر يخالف قضية الشرع لان اصلاح الملك على المالك فيجب الفساد
فان سكن المستاجر الحانوت يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان الاجر لم يرض بالمسمى وحده وللمستاجر
النفقة التي انفقها في العمارة واجر مثله في قيامه على العمارة لانه في معنى استيجاره على العمارة
الا انها فاسدة ولكن المنافع يتقوم بالعقد الفاسد **قوله** ويعتبر فيه ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لما يعتبر في الاجارة الفاسدة ما يعتبر في الصحيحة وفي الصحيحة يبلغ الى المسمى لا غير ولا يتجاوز عن
المسمى فكذا في الفاسدة لا يتجاوز عنه كذا في الشرح ففيه اشارة الى ان المراد بقوله ما يجعل بدلا في
الصحيح هو المسمى وذكر في الحاشية ان المراد به اجر المثل وهو اوضح لان قوله ولكنهما اذا اتفقا على
مقدار في الفاسدة فقد اسقطا الزيادة يدل عليه **قوله** لفساد التسمية فان قلت ليس فسخ
التسمية فيما اذا كان المسمى اقل من اجر المثل مع ذلك يعتبر التسمية لنفي الزيادة قلت التسمية الفاسدة
موجودة من وجه دون وجه والمنافع ايضا متقومة بالمثل من وجه دون وجه فاعتبرنا التسمية لعدم
المثل فيما اذا كان المسمى اقل من اجر المثل واهدرناها باعتبار المثل فيما اذا كان اجر المثل
اقل من المسمى عملا باعتبار شبه في كل من التسمية واجر المثل بخلاف الاعيان فانها متقومة
بالمثل من كل وجه فلا يمكن اهدار المثل الذي هو موجود من كل وجه باعتبار التسمية الفاسدة
التي هو موجودة من وجه دون وجه وانما لم يعكس اخذا بالمتيقن في كل من الوجهين اذ الاقل
متيقن **قوله** فسد في بقية الشهور لجهالة المدة وقال بعضهم جائز في الشهر الثاني والثالث
كما جازت في الاول ولكن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير **قوله** ينصرف الى
الواحد لتعذر العمل بالعموم وقد يشكل بانه اذا انصرف الى الواحد لزم ان لا ينعقد في
الباقي اصلا كما لو صرح بالواحد والمسلة بخلافه فان العقد ينعقد في الشهر الثاني والثالث
وغيرهما لكن على صفة الفساد وجوابه انه لا معنى لانصرافه الى الواحد لان الواحد يصير
مرادا منه بل معناه انه يعمل بموجبه في الواحد لا فيما وراءه ثم قوله لتعذر العمل بالعموم
يشير الى انه لو امكن العمل به بان لا يكون ذلك مفضيا الى المنازعة يجب العمل به كما لو
قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق او كل عبد اشتريه فهو حر فانه ينصرف الى كل امرأة
يتزوجها والى كل عبد يشتريه **فان قلت** ما وجه الفرق لابي يوسف ومحمد رحمهما الله بين مسلة
الاجارة وبين ما اذا اشترى صبرة كل قفيز بدرهم او اشترى قطيع غنم كل شاة بدرهم فانه يصح
العقد عندهما في الكل وفي مسلة الاجارة يصح في الواحد ويفسد في الباقي **قلت** وجه ذلك
هو ان الاصل عندهما ان كلمة كل اذا دخل على ما لم يعلم منتهاه ينظر ان كان منتهاه معلوما

بالاشارة كما في مسئلة النطع والصبرة يصح العقد في الكل ولا ينصرف الى الواحد ويبطل في
الباقي كما في مسئلة الاجارة فان فيه لا يعلم بالاشارة فينصرف الى الواحد **قوله** لانه تم العقد بتراضيهما
بالكيل في الشهر الثاني وقد يقال فساد هذا العقد في الشهر الثاني لم يكن باعتبار عدم التراضي
حتى ينقلب جايزا بتراضيهما بل فساده باعتبار الجهالة فتراضيهما لا يوثر في الصحة اصلا مالم يرتفع
تلك الجهالة فالتعليل بقوله لانه تم العقد بتراضيهما ليس كما ينبغي نعم ولي ان يقال بان
العقد لما بقي بتراضيهما وعدم فسخهما اياه وقد ارتفعت الجهالة لان الشهر الثاني معلوم كالاول
لاجرم حكمنا بصحة العقد وانقلابه جايزا وكان هذا هو مقصود المصنف رحمه الله كانه اراد انه العقد
قد تم بتراضيهما ولا مانع وهو الجهالة اذ الشهر الثاني معلوم **قوله** ونظيره العدة لعله من حيث
الاعتبار بالاشهر اما اذا كان الطلاق واقعا في خلال الشهر فيعتبر العدة بالايام هناك بالاتفاق
لانه ذكره في المبسوط في الاجارات قد ذكر في كتاب الطلاق في العدة انها يعتبر بالايام فعلى
قول ابي حنيفة رضي الله عنه واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لا حاجة الى الفرق وعلى قول محمد
رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله الفرق بان للاجارة عقود متفرقة فاذا اهل الهلال
يتجدد العقد عند ذلك فيجعل كانما جدد العقد ولا يوجد مثل ذلك في العدة للزوم الكل
في حكم شيء واحد فيعتبر كلها بالايام كذا في الشرح **قلت** ذكر المصنف في اول الطلاق ما يدل على
الاختلاف في العدة ايضا حيث قال ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر بالاهلة وان
كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل
الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة هذا لفظه فهذا يدل على ان المعتبر في العدة هو الايام
عنده والشهر عندهما اذا وقع الطلاق في اثناء الشهر كما في الاجارة ولو سلم ان في العدة اتفاقا
كما هو المفهوم من المبسوط فالظاهر ان هذا قياس ابي حنيفة رضي الله عنه على العدة التي يعتبر الكل
بالايام كما في العدة فانه يعتبر فيها بالايام اذا وقع الطلاق في اثناء الشهر فعلى هذا يكون
التشبيه في حق الاعتبار بالايام ايضا لكن ونظيره العدة في اعتبار الايام والشارح جعل التشبيه
في حق الاعتبار حيث قال لعله من حيث الاعتبار بالاشهر لكن يقال في تقريرها في الشرح ان
العدة مقدرة بالاشهر ثم اذا وقع الطلاق في اثناء الشهر يعتبر الاشهر بالايام دون الاهلة بالاتفاق فكذا
في الاجارة فيكون التشبيه في حق الاعتبار بالايام عند تعذر الاعتبار بالاهلة وهذا هو مقصود الشارح
وان كان لفظ الاعتبار بالاشهر **قوله** وقد مر في الطلاق قال الشارح هذه الحوالة غير رايجة
فان مثل هذا الاختلاف لم يمر في الطلاق وما يتعلق به **قلت** بل قد مر حيث قال في اول كتاب
الطلاق وان كان الطلاق في وسط فبالايام في حق التفريق وفي العدة كذلك عند ابي حنيفة

بالاشهر

قوله بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له فكانت اتصال المرجح بالترجيح فيبطل الترجيح وهذا لان المرجح لعلة ما اتصل الليل لاهل اتصال وافات في الصوم لوجوب الفصل بين الليل والصيام التي جعلت عليها بالليالي [illegible]

وعندهما يكمل الاول بالاخير وارسلم فليس معنى قوله وقد مر في الطلاق انه مر مثل هذا الاختلاف
في الطلاق كيف ولا اختلاف في العدة اذ المعتبر فيها هو الايام عند الكل على ما ذكره الشارح من
المبسوط بل معناه وقد مرت مسئلة العدة في الطلاق وهذا الحكم اعني اعتبار العدة بالايام عند
الكل اذا وقع الطلاق في اثناء الشهر لم يبق ذكره في الكتاب فيحتمل انه ذكره في غيره وقد
وقع مثل هذه الحوالة من المصنف رحمه الله في غير موضع فعليك بالتصفح **قوله** ولنا قوله عم اقرؤا
القرآن ولا تاكلوا به فيكون هذا الحديث محمولا على التوسل به الى السوال والتكدي كما روي
عن عمران بن الحصين رضي الله عنه انه مر على قاص يقرأ ثم يسال فاسترجع ثم قال سمعت
رسول الله عليه السلام يقول من قرأ القرآن فليسال الله به فانه سيجيء اقوام يقرؤن القرآن
يسالون به الناس وانما حملناه على ذلك ليلا يرد النقض بالحديث المخرج في الصحيحين
وغيرهما ان احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله تعالى **قلت** قوله لا تاكلوا به صريح في حرمة
الاكل بالقرآن سواء كان بوسيلة التكدي او الاستيجار وقوله ان احق ما اخذتم عليه اجرا
كتاب الله يحتمل ان يكون الاجر فيه بمعنى الثواب الاخروي كما في قوله عليه السلام اجرك
على قدر نصبك فلا يترك به الحديث الاول على ان ترجيح المحرم على المبيح اصل مهد في الشرع
قوله ولان التعليم مما لا يقدر عليه الخ **قلت** فحينئذ يجب ان لا يجوز الاستيجار على تعليم التورية
ايضا وانه جايز ولان الامام ان لم يكن في وسعه فالقراءة بحيث يدبر ما يقدر هو عليه فليصح اخذ
الاجر مقابلة ما يقدر الا ان يكون التعليل على التنزيل يعني لو جاز الاستيجار فلا يخلوا ما
ان يكون استيجارا على القراءة او الامامة لا وجه للاول لانه عبادة ولا للثاني لانه غير مقدور
قوله ولابي حنيفة رضي الله عنه انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو اجر الابق وهذا لان
تسليم المشاع وحده لا يتصور اذ التسليم نقل حسي لا يتصور وروده الا على جزء معين ولا يمكن قال
يمكن التسليم بالتخلية ورفع الموانع من القبض كما في البيع فان بيع المشاع جايز وتسليمه
بالتخلية حتى لو خلى بينه وبين المشتري يصير قابضا ويدخل المشتري في ضمانه حتى جاز بيعه
وهبته **قلنا** التخلية انما اعتبرت تسليما لكونه ممكنا من القبض ولا تمكن من قبض المشاع في
الاجارة بخلاف البيع وهذا لان المعتبر هو القدرة على تسليم المعقود عليه والمعقود عليه في البيع
عين المشاع وتسليمه بالتخلية ممكن لانه بتخلية كل الدار يتمكن المشتري من قبض المشاع في ضمن
الكل والمعقود عليه في الاجارة هو المنفعة الى انقضاء المدة والتمكن من استيفائها لا يحصل
بتخلية كل الدار لانه لو تمكن من استيفاء منفعة المشاع لتمكن في ضمن الكل والعقد ليس
يرد على الكل حتى يتوفى جميع المنافع الى انقضاء المدة فتعذر تسليم المعقود عليه بخلاف

الاجارة من الشريك لانه يتمكن من استيفاء منفعة المشاع في المدة في ضمن الكل فيحصل التسليم
اليه برفع يده عن نصيبه وهذا معنى قوله اذا اجر من شريكه فالكل تحدث على ملكه يعني ان
الشريك يتمكن من الانتفاع بالمشاع لانه ينتفع بالكل وفيه انتفاع بالمشاع غير انه ينتفع بالبعض بحكم
الملك وفي البعض بالاجارة والاختلاف في السبب لا يضر **قوله** على انه لا يصح في رواية الحسن
عن ابي حنيفة رضه لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتاتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه
وذلك مفسد للعقد كمن استاجر احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب فانه لا يجوز لان
الانتفاع به لا يمكن الا بما لا يتناوله العقد والفرق على ظاهر الرواية بين استيجار المشاع
من الشريك وبين استيجار احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب هو ان المشاع منفعة
حتى يجب اجر المثل في استيجار غيره انه لا يمكن الانتفاع به لا في ضمن الكل وبان لا يمكن
استيفاء المعقود عليه الا بغيره لا يمنع صحة العقد كبيع الدهن فان استيفاءه لا يمكن الا
بالوعاء ولا يمتنع به صحة العقد لذا هذا اما احد زوجي المقراض فلا منفعة له اصلا الا بضم
غيره اليه فيقع القطع من ذلك الغير لا يصح استيجاره **قوله** لان القدرة على التسليم ليس بشرط
للبقاء وقد يقال وجب ان يكون شرطا لها ايضا لان الاجارة عقود متجددة فيجب كالعقد المتجدد
في كل وقت **قوله** ثم الشيوع يتفرق الملك فيما بينهما طارئ **فان قيل** ذكر في كتاب الهبة
انه لو وهب واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رضه وعلله المصنف بقوله لان الملك يثبت لكل
واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع هنا لنظر
وبه يظهر ان التفرق في الملك تفرق في التمليك وبالتفرق فيه يتحقق الشيوع فعلى هذا الاعتبار
يكون الاجارة من الاثنين اجارة النصف من كل واحد فيتحقق الشيوع المفسد للاجارة **قلت**
سلمنا ان الملك اذا ثبت متفرقا يعتبر التفرق في التمليك ايضا الا انه في المعاوضات لا يمكن اعتبار
التفرق في التمليك لما فيه من الاضرار بالبائع او المؤجر فربما يكون الغرض بيع الكل او اجارته بصفقة
واحدة ليتوسل الى الثمن او الاجرة بمرة فلو جعلنا العقد متفرقا لاضررناه وتوضيحه ان التمليك
من اثنين متحد بالنظر الى السبب متفرق بالنظر الى الحكم فاعتبرنا جانب الاتحاد في المعاوضات
وجانب التفرق في التبرعات ولم يعكس لجريان بعض الجيد مع الردي في المعاوضات دون
التبرعات **قوله** بمنزلة الصبغ في الثوب اي اذا استاجر صباغا ليصبغ ثوبه فان العقد هناك
يقع على عمل الصبغ الا على عين الصبغ كذا في الحاشية وقد يشكل بان العقد لو كان واقعا على
العمل مقصودا وكان الصبغ يتحقق تبعا لكان ينبغي ان لا يصح للصباغ حبس الثوب للاجرة
كما لو لم يكن للعمل اثر في العين لان المقصود عليه هو العمل والعين يتحقق تبعا والتبع لا يقابله

شيء من البدل حتى يحبسه لاستيفاء البدل ثم المصنف رحمه قد ذكر فيما قبل ما يخالف المذكور هنا حيث
قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر
لان المعقود عليه وصف في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع وكل صانع ليس لعمله
اثر في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس هذا لفظه فهذا يدل على ان المعقود عليه
هو الوصف القائم بالعين لا العمل نفسه **قوله** لان ما هو جزء الاول هو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود
عليه **فان قلت** هو عامل للمستاجر ايضا **قلنا** نعم ولكن وقوع العمل للمستاجر باعتبار رجوع
المنفعة اليه يوجب التسليم اليه ووقوعه للموجر لرجوع منفعته اليه يمنع التسليم فلا يتحقق التسليم
بالمعارضة فلا يجب الاجر ثم يشكل **قوله** ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم
اليوم بدرهم فهو فاسد وروى محمد عن ابي حنيفة رحمه انه اذا قال في اليوم يجوز كيف ما كان لانه
بقوله في اليوم يظهر ان مراده من ذكر المدة الاستعجال لان في الظرف والمظروف قد يشتغل
جزء من الظرف لا جميعه فلم يصح ذكر اليوم مع حرف في التقدير العمل به كذا في المحيط **قوله**
ونجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد وقد يشكل بانه كما يمكن تصحيح العقد بجعل اليوم
للاستعجال يمكن تصحيحه بجعل اليوم للتاقيت وجعل قوله ليخبز هذه المخاتيم بيانا لنوع العمل الذي
يستحق على اجير الوحد في المدة فان الاجارة في المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل الذي يستحق عليه
فيها وقد مر في كتاب الصرف ان طريق التصحيح اذا لم يتعين بطل التصحيح وجوابه ان الطريق المذكور
في الكتاب من جعل اليوم للتعجيل وايقاع العقد على العمل دون المدة اولى لما فيه من اعتبار السابق
وهو العمل اذ هو المذكور اولا في المسألة فكان الطريق متعينا غير متعارض **قوله** ولانه
المعقود عليه مجهول **فان قلت** ذكر في الذخيرة والمغني انه اذا جمع بين العمل والمدة وذكر العمل
اولا لا يجوز بان يستاجر راعيا ليرعى له غنما مسماة بدرهم شهرا يعتبر اجيرا مشتركا واذا ذكر المدة اولا
بان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بدرهم يعتبر اجير وحد وفي مسألة المخاتيم ذكر
العمل اولا فينبغي ان يعتبر اجيرا مشتركا كما في مسألة الرعي وكما في مسألة الظئر وهي ما اذا قال استاجرتك
هذه لترضعي ولدي هذا بكذا او قال استاجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا فانها اجير وحد
في الاول واجير مشترك في الثاني فعلم ان ذكر العمل والوقت غير مفسد للعقد بل المعتبر منهما هو
الاول ذكرا **قلت** ذلك الاعتبار انما هو فيما اذا كان العمل ما يحتاج الى تقديره بالمدة كالرعي والارضاع
اما اذا كان مما لا يحتاج اليه كخبز المخاتيم فلا وذلك لان العمل المحتاج الى التقدير بالمدة اذا ذكر
اولا كان العقد واقعا عليه ثم ذكر المدة بعد ذلك يحتمل ان يكون لايقاع العقد على
المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي اوقع العقد عليه فلا يتغير

اول الكلام بالاحتمال وذلك ان اخر الكلام انما يبطل الاول اذا كان بينهما تضاد ولا يمكن
الجمع لولا ان نجمع بين التعليق والاضافة فان المتاخر هناك يجعل ناسخا للمتقدم لتعذر الجمع بين
بين الاضافة والتعليق لاختلاف احكامهما وعلى هذا قلنا لو قال ان نكحتك فانت طالق قبله
بشهر فتزوجها بعد شهر لا تطلق واذا قال انت طالق قبل ان اتزوجك بشهر اذا تزوجتك تطلق
اما اذا امكن الجمع بين اول الكلام واخره فلا بد من الجمع كما في مسئلتنا فان ذكر المدة آخرًا
لا يغير حكم الاول لاحتمال ان يكون ذكرها لتقدير العمل لا لايقاع العقد عليه فلا يتغير اول
الكلام بالمحتمل الا اذا صرح في اخر الكلام بما يغير حكم الاول بان يقول على ان لا تدعي
غنم غيري واذا ذكر المدة اولا كان العقد واقعا على المدة ثم ذكر العمل بعد ذلك يحتمل لان
يكون لايقاع العقد عليه وان يكون لبيان نوع العمل الذي يجب على الاجير في المدة فان
الاجارة على المدة لا يصح ما لم يبين نوع العمل فلا يتغير اول الكلام بالاحتمال واما اذا كان العمل
ما لا يحتاج الى التقدير بالمدة بان يكون معلوما بنفسه فذكر المدة بعد ذكره لا يكون الا للتاقيت وايقاع
العقد عليه والعمل ايضا صالح لايقاع العقد عليه فيصير المعقود عليه مجهولا ثم الضابط ان العمل
والوقت اذا اجتمعا فلا يخلوا اما ان كان العمل مما يصح افراد العقد عليه بدون ذكر المدة
او لا فان لم يكن فالعقد صحيح مطلقا غير انه ان ذكر العمل اولا فهو اجير مشترك وان ذكر المدة
اولا فهو اجير وحد اعتبارا للسابق وان كان فالعمل والوقت اذا ذكرا قبل ذكر الاجرة بان قال
استاجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم او قال استاجرتك اليوم لتخبز لي هذا
الدقيق بدرهم فالعقد فاسد اما اذا ذكر احدهما من العمل او الوقت وذكر الاجر معه ثم ذكر الاخر
بان قال استاجرتك اليوم بدرهم لتخبز لي هذا القفيز جاز العقد لانه لما تم العقد بذكر المدة ان
العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين العمل او للتعجيل فلم يفسد واما في
الوجه الاول فقد جمع بين المدة والعمل قبل تمام العقد بذكر الاجرة وقد صح كل واحد منهما
مقابلا بالاجرة وليس احدهما باولى من الاخر فيفسد فان قلت يشكل الفرق بين مسئلة المخاتيم
وبين ما اذا قال خط هذا الثوب اليوم بدرهم فانه استحسانًا صحيح وذكر اليوم للتعجيل حتى لو خاط غدا
يستحق الاجر المسمى على ما صرح به الشارح فلما جاز الاستحسان فيه بجعل اليوم للتعجيل فليجز في مسئلة المخاتيم
ايضا قلت ذكر في المحيط انه اذا اورد العقد على اليوم وقال ان خطته اليوم فلك درهم فخاط
في الخلاء بذكر محمد وكان ابو بكر البلخي يقول على قولهما يستحق اجر المثل متى خاط في الغد لان
ذكر اليوم عندهما للاستعمال ولهذا صححوا الاجارة عندهما لان المستاجر شرط له الدرهم بازاء خياطة
معجلة وقد اتى بمؤجلة وهي انقص من المعجلة فكان اتيا بالمعقود عليه لكن خالفه في صفته فكان له

ان يعطيه اجر المثل دون المسمى حتى يرتفع ضرر النقصان عن نفسه واما على قول ابي حنيفة
فلقائل ان يقول لا اجر له متى عمل في الغد لانه يجعل ذكر اليوم للتاقيت حالة الانفراد
حتى قال بفساد هذه الاجارة لانها باعتبار التوقيت يقع العقد على تسليم النفس وباعتبار ذكر العمل
يقع العقد على العمل فيجهل المعقود عليه فباعتبار ان يكون العقد على العمل يجب الاجر اذا عمل
في الغد وباعتبار التاقيت لا يجب لانتهاء العقد فلا يجب بالشك فكان الاختلاف في مسئلة
خط هذا الثوب اليوم بدرهم كالاختلاف في مسئلة المخاتيم فلا حاجة الى الفرق نعم يحتاج الى الفرق
بين مسئلة المخاتيم على ما ذكر وبين ما اذا قال استاجرتك لتخبز لي هذا الدقيق على ان
تفرغ منه اليوم حيث تجوز الاجارة عندهم جميعا والفرق ان في مسئلة الفراغ ما ذكر اليوم
مقصودا بل لبيان صفة العمل وهو الفراغ منه في اليوم وصفة الشيء لا يصلح مقصودا فتعين العمل
معقودا عليه فجاز فاما في المسئلة المذكورة في الكتاب اليوم لم يذكر لاثبات صفة في العمل بل مقصودا
كالعمل وقد اضيف اليهما العقد على السواء وليس احدهما باولى فيصير المعقود عليه مجهولا قوله
ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل انما حرم بيع الجنس نساء لان النقد خيرٌ من
النسيئة فيتمكن في العقد معنى الفضل وهنا لا فضل فالعدم في البدلين على نمط واحد قلنا
نعم كذلك الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع بعلته اما في النص بعينه فلا يراعى العلة
ويتعلق بعينه وههنا نص النبي عليه السلام قال اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فتكون الحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد بالنص لا بالقياس فلا يعتبر
للحرمة قيام الفضل لان النص لم يشر الى الفضل كذا في الشرح وفيه شبهة لان النص المذكور ورد
في اختلاف الجنس حيث قال عليه السلام اذا اختلف النوعان والكلام في اتحاد الجنس وفيه انما
يثبت الحرمة بالقياس بعلة شبهة الفضل لا بالنص على ان النص وارد في الاموال الربوية
والمنفعة ليست مثلها على ما لا يخفى فلو ثبتت الحرمة فيها لثبتت بالقياس دون النص ومنذكر
لك العذر عما يرد على الشرح في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى والاولى في الجواب ما ذكر في
المبسوط والاسرار والفوائد الظهيرية ان في اجارة المنافع بالمنافع يعتبر المنافع التي لم تصحبها
حرف الباء عينا باقامة العين مقامها للضرورة لان المعاوضة لا بد لها من معقود عليه حالة العقد
فقام محل المنفعة فيما لم يصحبه حرف الباء مقام المنفعة فيكون عينا ولا ضرورة فيما صحبه حرف
الباء لانه يجوز ان يكون غير عين فلا ضرورة بناء على اعتباره عينا غير عين حقيقة وحكما فعلى
هذا التحقيق كان اجارة الدار بسكنى دار اخرى بمنزلة بيع العين بجنسه نساء وذلك باطل هكذا
والكلام بعد محل نظر وذلك ان ما لم تصحبه حرف الباء لو كان عينا حقيقة لكانت في هذه الاجارة

سكنى

شبهة الفضل فلما كان عينا حكما لا حقيقة كانت الشبهة نازلة والمعتبر هو الشبهة دون النازل
عنها وايضا عقد الاجارة ابتداء يرد على العين القائمة مقام المنفعة ثم ينتقل من العين الى
المنفعة حسب وجودها شيئا فشيئا حتى قالوا ان الاجارة عقود متجددة فالنظر الى حالة الابتداء
هي مبادلة العين بالعين وبالنظر الى وقت وجود المنفعة مبادلة المنفعة الموجودة بالموجودة
وايا ما كان فليس فيها مبادلة الجنس بالجنس مع تعين احدهما وتأخر الآخر قوله لبضع نصف الطعام
ولا يمكن وضع الطعام الا في المعين كالحمل ثم الاجارة للوضع جائز فكذا لحمل الطعام المشترك
قوله ولنا الى آخره اعلم ان الحمل في الشايع نفسه غير متصور فلا يصلح معقودا عليه نعم يمكن
حمله في ضمن الكل ولكن امكان الحمل في ضمن الكل ايضا لا يصحح الاجارة اذ الموجر في حمل الكل
عامل لنفسه ضرورة عدم القسمة وبدون التسليم لا يستحق الاجر بخلاف اجارة الدار المشتركة من احد
الشريكين لوضع الطعام اذ الوضع في الشايع يمكن في ضمن الكل كالكيل فكذا استيجار العبد
المشترك للخياطة لامكان الخياطة من الشايع في ضمن الكل ولا مانع من التسليم اذ العمل كله
نفع للمستاجر فيستحق الاجر قوله بخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك صاحبه هذا اذا
كان العبد اجيرا وحدا اذ المعقود عليه هناك هو المنفعة التي هي ملك صاحبه دون الخياطة اما اذا
كان اجيرا مشتركا والعقد فيه يقع على الخياطة دون المنفعة فالوجه الشامل هو ما ذكرنا من الفرق

باب ضمان الاجير

قوله والمتاع امانة في يده المسألة مختلفة بين الصحابة
فعن عمر وعلي انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي انه كان لا يضمن
القصار والصباغ ونحوهما ولاجل اختلاف المشايخ اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف
فان قلت في هذا الفتوى ترك لاقوال الصحابة لانهم اختلفوا على قولين الضمان وعدمه
فالقول بنصف الضمان قول خارج عن القولين قلنا بل فيه عمل باقوالهم بقدر الامكان فان
تضمين النصف حط للنصف بعد وجوب الكل وابقاء لوجوب النصف لما كان فكان فيه عمل بقول
من يقول بالضمان وبقول من لم يقل به كذا في الحاشية وهو المذكور في الشرح وقد يجاب
بان الفتوى بالصلح على النصف ليس باحداث القول الثالث فانه انما يكون قولا ثالثا ان لو
حكموا بوجوب النصف ولم يقولوا بوجوب الكل ولا بعدم الوجوب وليس كذلك بل الكل اما واجب
كما هو مذهبهما او غير واجب كما هو مذهبه وليس هنا قول غير هذين القولين لان المتأخرين
اختاروا النصف للصلح قطعا للمنازعة وعملا بالقولين بقدر الامكان الا يرى ان القاضي يامرهم
بالصلح ولا يقضي وان طلبوا القضاء فلو كان ههنا قول ثالث يصح للقاضي ان يقضي بها قوله الا اذا
القبض حصل باذنه بعقد الموجب للضمان اما القبض بجهة المعاوضة او القبض للغير المأذون

فيه وكلاهما منتف هنا اما الاول فظاهر اذ المراد ضمان ما هو بين العمل والاجرة وكذا الثاني
اذ القبض حصل باذنه قوله والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا الخ وحاصله ان الحفظ
اذا استحق مقصودا وجب عليه المبالغة في الحفظ فيضمن اذا وجد منه نوع تقصير بان هلك
بسبب يمكن الاحتراز عنه واما اذا استحق تبعا يجب عليه نفس الحفظ دون المبالغة فيه
فلا يضمن بنوع تقصير وانما يضمن اذا وجد ترك الحفظ بالكلية اظهارا للتفرقة بين المستحق
مقصودا وبين المستحق ضمنا قوله ولنا ان الداخل تحت العقد هو العمل المصلح وقد يشكل الفرق
بين هذا وبين ما اذا استاجر الفصاد للفصد فمات من ذلك فانه لا يضمن فلو كان الداخل
تحت العقد هو العمل المصلح وجب ان يضمن بالسراية والفرق مذكور في الكتاب وهو ان الداخل
تحت العقد انما يتقيد بالمصلح اذا امكن التقييد به بان امكن الاحتراز عن الفساد كما في مسئلة
تخرق الثوب فان التخرق انما يكون بشيء في طي الثوب او لرقة فيه او لحدة في المدقة وكل ذلك
مما يمكن الوقوف عليه بالتامل اما السراية فلضعف الطبيعة عن دفع اثر الجرح فلا طريق للوقوف
عليه بحال فلا يمكن التقييد بالسلامة عنها فبقي الداخل تحت العقد مطلق العمل مصلحا كان او مفسدا
ثم قد يشكل الفرق بين الاجير المشترك والجلاد من حيث ان الجلاد لو جرح من جلده لا يضمن
في الصحيح وان كان هو ماذونا في الضرب دون الجرح والاحتراز عن الجراحة مما في وسعه وانما
لا يضمن كيلا يمتنع الناس عن اقامة الجلد مخافة الغرامة هكذا علله المصنف في الحدود والاجير
المشترك يضمن ما تلف من عمله المعتاد مع لزوم المحذور المذكور في الجلاد اذ لو ضمن الاجير بعمله
المعتاد لامتنع الناس عن قبول عقد الاجارة مخافة الغرامة وجوابه ان مخافة الغرامة وان كان
مانعا لقطع الاجر حامله فافترقا قوله وهو المعقود عليه حقيقة لو قال وهو المعقود عليه اعتبارا
او قال وهو المقصود بالعقد لكان اولى لما وقع التصريح به في الكافي في مسئلة وكل صانع لعمله اثر
في العين فله ان يحبس الى ان يستوفي البدل حيث قال ولنا ان المعقود عليه حقيقة وان
كان هو العمل ولكن من حيث الاعتبار المعقود عليه وصف في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء
البدل هذا لفظه وهو تصريح بان المعقود عليه حقيقة هو العمل دون الاثر والى هذا اشار المصنف
في مسئلة استيجار الظئر حيث قال والعقد يقع على المنافع واللبن يستحق على طريق التبع
بمنزلة الصبغ ففي قوله بمنزلة الصبغ اشارة الى ما قلنا ان المعقود عليه هو العمل والصبغ يستحق
تبعا فقوله وهو المعقود عليه حقيقة لا يخلو عن نوع تامل فكانه اراد بالحقيقة فيما مر الظاهر
وههنا المقصود ودفع المنافرة بعد ذلك ظاهر قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر
وقد يقال وجوب الاجر بفعل الغير لا ينهض دليلا على كون المعقود عليه حقيقة هو الاثر

لما عرف ان في صورة اطلاق العمل المستحق هو عمله في الزمن لا في محله بعينه والمستحق في الزمن
يصح ايفاوه بنفسه وبالاستعانة من غيره وكان استحقاق الاجر بفعل الغير باعتبار ايفاء العمل
المستحق في الزمن لا باعتبار انه المعقود عليه حقيقة هو الاثر نعم لو كان الاجر يجب بفعل الغير فيما اذا
شرط على الصانع ان يعمل بنفسه لكان دليلا ولكن المسئلة بخلافه على ما مر **قوله** ولهذا يجب على
العاقلة وقد يقال ضمان الادمي قد يجب على العاقلة وقد يقتصر على الجاني فان العاقلة لا يعقل
عبدا ولا عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ويجب الضمان في كل ذلك على الجاني فجاز ان يجب بالعقل
ويقتصر على الجاني فوجوب الضمان على العاقلة لا يصلح دليلا على عدم الوجوب بالعقد الذي
يتعذر الايجاب به على العاقلة نعم لو كان الوجوب مقتصرا على العاقلة لكان دليلا عليه
ولكن الامر بخلافه وجوابه ان ضمان الادمي وان كان لا يقتصر على العاقلة بل ربما يجب
على الجاني ايضا فضمانه الذي يجب بالنوم او الشرق او مد السفينة لا يجب الا على العاقلة
اتفاقا وما يجب بالعقد لا يجب عليهم فكان الضمان هنا على تقدير وجوبه ضمان فعل لا عقد والنول
هنا لا يصلح للضمان الكذي اعانته **قوله** فوقع في بعض الطريق فانكسر انما قيد ببعض الطريق لانه
اذا انكسر بعدما انتهى الى المكان المشروط ثم هلك من جنايته فلا ضمان عليه وله الاجر كذا نقل
عن الامام صاعد النيسابوري **قوله** ولم يتجاوز الموضع المعتاد فيه اشارة الى انه لو تجاوز كان
عليه الضمان حتى ان الختان لو ختن فقطع الحشفة ينظر الى ان برا فعليه كمال دية النفس وان
مات فعليه نصف بدل نفسه **فان قلت** هذا من اعجب المسائل اذ هو مخالف لجميع مسائل الديات
فانه كلما ازداد اثر جنايته ينتقص ضمانه والقياس يقتضي ان يزداد ضمانه اينما ازداد اثر جنايته
قلت انه لما برا كان عليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل
النفس كما في قطع اللسان اما اذا مات فقد تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع
الجلدة والاخر غيرماذون فيه وهو قطع الحشفة وكان ضامنا نصف بدل النفس كذا في الشرح
قوله لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل
بالمنافع وهذا لا ينافي فيما اذا قال ابو الصغير للظير استاجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا فانها
في هذه الصورة اجير وحد على ما صرح به في الذخيرة مع ذلك امكنها العمل لغيره حتى لو اجرت
نفسها من قوم آخرين ولم يعلم بذلك اهلها الاولى حتى يقضيا الاجارة فارضعت كل واحد وفرغت
فلها الاجر كاملا على الفريقين والله اعلم بالصواب

باب الاجارة على احد الشرطين

قوله ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم
وان خاطه غدا فله اجر مثله وقد يحتاج الى الفرق بين صورة الاجارة المذكورة وبين صورة الصلح
وهي انه اذا كان عليه الف درهم فصالحه منها على مائة درهم ان اعطاه الى شهر وان لم
يعطها الى شهر فمائة درهم وهذا لا يجوز وان كان هذا الصلح حطا لان المحطوط ثمانية مجهول
وهو تسعمائة ان اداه مائة الى شهر وان لم يعطه الى شهر فالمحطوط ثمانية وجهالة المحطوط
يمنع صحة الحط **قوله** ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت **فان قلت** قد جعل ذكر اليوم في مسئلة
المخاتيم للترفيه فيما بالهما لم يجعلا كذلك ههنا **قلت** هناك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وههنا
حملا على الحقيقة للتصحيح ايضا **فان قلت** في جعله للتاقيت ايضا فساد وهو ان التاقيت يوذن
بكون الاجر اجير وحد وذكر العمل بانه اجير مشترك **قلت** يجعل اليوم للوقت ولكن لا يجعل
اجير وحد ~~فيكون الاجير مشتركا~~ الخياط في هذا اليوم مع الخياطة في الغد بمنزلة نوعين مختلفين
كالفارسي والرومي وهذا لتصحيح التصرف ايضا كذا في الشاهان وقد يجاب بان الوقت والعمل
متى اجتمعا يجب التصحيح عندهما اما بجعل الوقت للتعجيل وابقاء العقد على العمل كما في مسئلة
المخاتيم فيكون اجير مشترك واما بجعل العقد واقعا على المدة وذكر العمل لبيان نوع العمل الذي
يستحق على اجير الوحد في المدة كما في مسئلة الخياطة اجيرا ثم انهما لم يصححا ههنا بجعل الوقت للاستعجال كما
في مسئلة المخاتيم لما فيه من فساد العقد في الغد فتعين التصحيح بهذا الطريق **فان قلت** لم يصححا
العقد بهذا الطريق في مسئلة المخاتيم **قلت** قد ذكرنا وجهه هناك فليرجع اليه فعلى هذا التقدير
كان الاجير في مسئلة الخياطة عندهما اجير وحد كما هو مقتضى التوقيت ثم ما ذكر في الشاهان لا يخلو
عن نوع نظر لما ان الخياطة في هذا اليوم مع الخياطة في الغد انما يكونان بمنزلة نوعين مختلفين
ان لو جعل ذكر اليوم للاستعجال دون التاقيت اذ التعجيل والتاخير كل منهما مقصود فينزل
منزلة اختلاف النوعين على ما ذكر المصنف في التعليل الثاني اما لو جعل الوقت للتاقيت فلا
يكون التعجيل مقصودا حتى يجعل الخياطة المعجلة نوعا والموجلة نوعا اخر **قوله** ولا يمكن
حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد **وفيه بحث** اما اولا فلان اليوم قد حمل على التاقيت
في مسئلة المخاتيم وهي ما اذا استاجر رجلا ليخبز له هذه المخاتيم اليوم بدرهم مع ان في حمله على التاقيت
فساد العقد واما ثانيا فلان في حمله على التعجيل دون التاقيت ايضا فساد العقد في اليوم الثاني
وجوابه ان هذا التعليل من ابي حنيفة رحمه الله كان تخريجا لمذهبهما على زعمهما فانهما لم يجوزا
حمل اليوم على التاقيت اذا كان فيه فساد العقد على ما عرف من مذهبهما في مسئلة المخاتيم ثم الفرق
لابي حنيفة رحمه الله بين هذه المسئلة ومسئلة المخاتيم هو ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة فيحمل عليه حتى يقوم
الدليل على المجاز وفي هذه المسئلة قام الدليل عليه وهو نقصان الاجر للتاخير فصار التعجيل مرادا
بدلالة القرينة ولا دليل عليه في مسئلة المخاتيم فكان التاقيت مرادا فيفسد العقد باعتبار ذكر العمل

قوله عنوانه ابد من اشتراط الخيار في البيع دون في الاجارة والوقت المفضي الى جهالة المعقود عليه وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس الا بشرط لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار الى خيار التعيين فان قلت ان المنازعة وان كانت لا يتحقق في تسليم الاجر بدون اشتراط خيار التعيين فهي متحققة في تسليم الدار فالمشتري يطالب بتسليم هذه والبائع يسلم غيرها اجيب بانه لما كان المستاجر احدى الدارين كان المستاجر ان يطالب بتسليم احديهما غير عين وذلك انما يتحقق بتسليم الدارين كتسليم المتاع لا يتحقق الا بتسليم الكل وكذا يجب على البائع تسليم الدارين جميعا كما يجب تسليم الكل في المتاع وحق كان المتحقق على الموجر تسليم الدارين لا يتحقق المنازعة في التسليم ولا منازعة في تسليم الاجر ايضا لانه يجب عند استيفاء المنفعة واستيفاؤها انما يكون من دار بعينه وعند ذلك يتعين المعقود عليه فتعين الاجر ايضا بخلاف البيع لان الواجب فيه وان كان هو تسليم الكل لكن لا يمكنه المطالبة بثمن الكل عند احضار الكل للتسليم لان الكل ليس بمعقود عليه ولا يمكنه ان الطالب ايضا بثمن احدهما غير عين اما عند تفاوت الثمنين فظاهر وكذا عند لا تخلو لان حق المشتري لم يتعين بعد في المبيع فلا يتعين حق البائع في الثمن فبالضرورة يطالب بتسليم ثمن احدهما عينا وايهما عين فللمشتري ان يخالف وتعين غيره واما اذا اشترط خيار التعيين احدهما فالمعقود عليه في الحقيقة هو ما يتعين باختيار من له الخيار ويكون البيع معلقا على التعيين فلا يجب الثمن قبل التعيين فلا يفضي الى المنازعة

باب اجارة العبد

قوله ليس له ان يسافر الا ان يشترط ذلك وقد يشكل الفرق بين العبد المستاجر للخدمة والعبد المصالح على خدمته وليس للمستاجر ذلك وفرق بان في باب الاجارة مؤنة الرد على الآجر بعد انقضاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يتضرر في الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد فهو يريد ان يلزمه الموجر ما لم يلتزم من مؤنة الرد واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعا عليه لانه بزعم انه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعي باخراجه الى اهله يلتزم مؤنة الرد ولا يلزم المدعا عليه شيئا وفيه نظر لان مؤنة الرد ان كان لا يلزم المدعا عليه فلا يخفى ان خدمة السفر يشتمل على زيادة مشقة فلا يتناولها الاطلاق عند الصلح ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا في العقد فعدا عن التعليل بما في المصنف يقتضي ان الحكم في مسئلة الصلح كالحكم في الاجارة وما ذكر من علم لزوم مؤنة الرد على المدعا عليه فلا لا يقتضي ان لا يثبت فيه حكم الاجارة بعلة اخرى على ان الفرق لا يتم فيما اذا كان الصلح على الخدمة مع الاقرار وايضا لا يخلو ان خدمة السفر هل دخلت بسبب اطلاق عقد الصلح ام لا فان دخلت ثابت لزوم المؤنة على

المالك بالتزامه كلزومه على المودع اذا سافر المودَع بالوديعة والا ينبغي ان لا يصح وان لم يكن هناك مؤنة الرد على المالك لان المأذون هو ما دخل تحت العقد دون غيره وقيل تأويل مسئلة الصلح ان اهل المدعي اذا كان في بعض القرى القريبة من المصر والمدعا عليه يعلم ان كان هو على جناح السفر والرجوع وقد علم ذلك المدعا عليه فيكون راضيا باخراجه الى السفر لان الانسان يستخدم العبد في اهله وتأويل مسئلة الاجارة انه اذا لم يكن معلوما للآجر عند عقد الاجارة فلا يكون هو راضيا باخراج العبد وتكليفه مشقة السفر لان الخدمة في السفر اشق منه في الحضر فعلى هذا كان مسئلة الصلح والاجارة على السواء فلا يحتاج الى الفرق

باب فسخ الاجارة

قوله فاشبه الاباق في المبيع فانه لا يوجب انفساخ العقد وكذا اباق العبد المستاجر لا يوجب انفساخ العقد فلو قال مكان قوله فاشبه الاباق في المبيع فاشبه اباق العبد المستاجر لكان اظهر قوله واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لو قال كل من وقع له عقد الاجارة اذا مات ينفسخ الاجارة كما قال في الذخيرة لكان اولى لانه كما ينفسخ الاجارة بموت احد المتعاقدين اذا عقد لنفسه ينفسخ بموت غيرهما ايضا وهو الموكل وما في الذخيرة يتناول ما اذا مات الموكل ايضا لانه ممن وقع العقد له قوله لانه لو بقي العقد يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد قوله لغير العاقد متعلق بقوله مستحقا وقوله بالعقد اما متعلق بقوله المملوكة او بقوله مستحقا وقد يشكل الفرق بين موت من وقع العقد له وبين اعتاق العبد المستاجر فان الاعتاق لا يبطل الاجارة بل يثبت للعبد الخيار ان كان المولى آجره وان كان الموجر هو العبد لنفسه فلا خيار له مع انه بعد الاعتاق تحدث المنافع على ملك العبد كما انها بالموت تحدث على ملك الوارث فكما يلزم في الموت ان تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد فكذلك في صورة الاعتاق هذا الا انه ذكر في الكافي نقلا عن الاسرار في مسئلة اعتاق الراهن العبد المرهون ان الاجارة باعتاق المستاجر تبطل مثل بطلانها بالموت قلنا ان يمنع قوله وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي يشكل بخيار العتاقة فانه مجتهد فيه اذا كان الزوج كفؤا حيث الخيار لها عند الشافعي رحمه الله اذا كان الزوج حرا ومع ذلك لا احتياج الى القاضي

كتاب المكاتب

اورده بعد الاجارة لمناسبة بينهما من حيث ان رقبة الدار في ابتداء عقد الاجارة يجعل اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة وهي المطلوبة اخرا وكذا في الكتابة يجعل الملك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء يجعل العتق اصلا فينتقل من اليد وذلك الحجر الى العتق وقال الشارح اورده بعد الاجارة لمناسبة لان كلا منهما يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال وقدم الاجارة لانه

اشبه بالبيع من حيث التمليك والترابط وفيه نوع ضعف لما ذكر في غير موضع ان المنافع في باب
الاجارة لها حكم المال من كل وجه الا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما يثبت
ذلك في الكتابة والنكاح ولان المنافع تصلح مهرا في النكاح ولم يشترط انتفاؤه الا بالمال فيكون الاجارة
ما يستفاد به المال بمقابلة المال ولا كذلك الكتابة فلا يكون الكتابة نظير الاجارة بل نظير النكاح
والى هذا اشار المصنف رحمه الله قبيل فصل واذا اشترى المكاتب اباه حيث قال ولانه لا يتزوج الامة
مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال
وبهذا علم ان الكتابة كالنكاح دون الاجارة ثم قالوا ركن الكتابة الايجاب والقبول **قلت** قد يكاتب
المملوك على بدل بلا ايجاب وقبول كام ولد النصراني اذا اسلمت صارت مكاتبة تسعى في قيمتها ويعتق
باداتها على ما مر وكذا معتق البعض فلو كان ركنها الايجاب والقبول لم يتحقق بدونهما لاستحالة وجود
الشيء بلا ركنه فكانهم جعلوا الايجاب والقبول ركنين للكتابة التي تحتمل الفسخ بالتعجيز لا لمطلق الكتابة
وكتابة ام الولد للنصراني اذا اسلمت لا تحتمل الفسخ بالتعجيز وكذا كتابة معتق البعض او يقال
بان الايجاب والقبول فيهما موجود حكما كما يلزم البيع في ضمن اصابة المخمصة فبذلك له اثمان طعاما بمثل
المثل **قوله** نفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان صيغة الشرط للتعليق ولا يستقيم التعليق
لان ان يكون المعلق عند التعليق معدوما على خطر الوجود لاستحالة تعليق الموجود والاباحة الكتابة
مطلقا كانت حكما مستمرا في الشرع فلا يصح تعليقه على العلم بالخير فحمل على لا باحة الغاء الشرط
عن معناه وهو تعليق معدوم على خطر الوجود **فان قلت** كتاب الله مشحون بالشروط الواقعة
على وفاق العادة **اجيب** اولا بالمنع فان كل شرط يرى انه واقع على الوفاق فهو اما مصروف
عن ظاهره كقوله ان كنتم على سفر اذ المعلق هنا والله اعلم هو الاهتمام بالرهان عند السفر لانه ان
كنتم في السفر فاهتموا بالرهان اكثر ما تهتمون به في الحضر واما محمول على ان المعلق كان معدوما عند
التعليق ثم صار موجودا في الشرع قبل الشرط بدليله وثانيا بالتزام ان الغاء الشرط عن معناه لا يجوز
الا عند التعذر ولا تعذر هنا لمكان الحمل على الاستحباب فحمل الحمل على الاباحة الغاء الشرط عن معناه
الاصلي بلا ضرورة فلا يجوز الحمل عليه اما اذا مست الضرورة اليه كما في قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم
تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة وقوله ومن لم يستطع منكم طولا الاية فيجوز الغاؤه عن معناه الاصلي وحمله
على وفاق العادة ثم قوله فحمل الحمل على الاباحة الغاء الشرط اشارة الى ان صيغة الشرط يقتضي لان
يكون المعلق معدوما يتعلق وجوده بوجود الشرط حتى لو وجد قبل الشرط بطل التعليق ولو كان
موجودا عند التعليق كان التعليق لغوا وهذا عين مذهب القائلين بمفهوم الشرط وعلماؤنا رحمهم
الله لا يقولون بمفهومه لما عرف في بحث الوجوه الفاسدة من الاصول فكانهم بعد ما اتفقوا على

وفيه نظر للقطع بان المخاطبين بقوله وكاتبوهم هم الملاك اي كاتبوا ايها الملاك مماليككم ان
علمتم فيهم خيرا فيجب ان يكون المخاطبون بقوله وآتوهم ايضا هم الملاك والا لتعطف من المخاطب
على امر المخاطب الاخر لا يجوز الا عند التصريح بالنداء اما قبل قم واقعد اذا كان المخاطب بالقيام
زيدا وبالقعود عمرا بل يقال قم يا زيد واقعد يا عمر فلو كان المخاطب بقوله وكاتبوهم
الملاك وبقوله وآتوهم الاغنياء غيرهم لوجب التصريح بالنداء بان يقال كاتبوهم ايها
الملاك وآتوهم ايها الاغنياء وحيث لم يصرح بالنداء علم ان المخاطبين
للامرين اي هم المخاطبون بالاول وهم الملاك

ان التعليق لا العدم عند العدم بمنطوقه خلافا للشافعي رحمه الله صار لهم طريقان احدهما انه يقتضي ذلك
لضرورته وثانيهما انه ساكت لا موجب له لا في الوجود ولا في العدم عن ذلك تصفح كتبهم فانهم ربما يتمسكون
بالتعليق على العدم عند العدم وربما يقولون التعليق بالشرط لا يقتضي العدم عند العدم **قوله** ولا
يجب حط شيء من البدل وقال الشافعي رحمه الله يجب حط ربع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله
الذي آتاكم فان مطلق الامر للوجوب ونحن نقول قوله وآتوهم عطف على قوله وكاتبوهم والكتابة غير
واجبة بل مندوبة فكذا الحط كذا ذكره واعترض بان هذا تمسك بالقران وانه فاسد كما قيل في قوله
واقيموا الصلوة وآتوا الزكوة انه يوجب ان لا يجب على الصبي الزكوة وجوابه ان القران في النظم
ان كان لا يوجب القران في الحكم فلا شك ان الاصل في الكلام هو الانتظام والاتساق وهذا الاصل
ان كان لا يوجب ان يترك حقيقة الامر فهو يصلح مرجحا لما يوجبه والموجب هنا ان الرفع احسان
الى المكاتب فلا يجب عليه لان الوجوب سبيل على المحسن وهو منتف بالنص وان بدل الكتابة دين على
المكاتب لمولاه والحط عن سائر الديون غير واجب بالاجماع فكذا عن دين الكتابة ولشهرة هذين
الدليلين الموجبين لترك حقيقة الامر لم يذكروا في الجواب بل اجابوا بذكر الاصل الذي ذكرنا على
سبيل المساهلة وارخاء العنان او يقول هذا الجواب من الشارحين مبني على قول من يقول بالقران
واما على المذهب المختار فالجواب عن الاية هو التزام ان الامر للوجوب والمراد به الاعانة من اموال
الزكوة كما ذهب اليه اكثر المفسرين لا الحط عنهم من بدل الكتابة اذ الحط ليس ايتاء حقيقة بل هو
اسقاط وقد قال الله تعالى آتوهم واجاب الشارح عن التمسك بالقران بان هذا ليس مثل
قوله تعالى واقيموا الصلوة وآتوا الزكوة في حق التمسك بالعطف لان تلك الاية تشتمل على جملتين
كل منهما غير مرتبطة بالضمير الراجع الى ما قبلها فلا يصح الاستدلال هناك بالعطف واما ههنا فالثانية
مرتبطة بالاولى برجوع الضمير الى ما قبلها فصح الاستدلال بالعطف وانما هنا تم لفظه **وفيه نظر** لما
صرح به الامام فخر الاسلام رحمه الله ان الشركة انما يجب بين الجملتين لافتقار الجملة الناقصة الى ما تم به
الاولى فاذا تم بنفسه لم يجب الشركة الا فيما يفتقر اليه وهو تصريح بان الشركة لا يثبت الا فيما يفتقر الثانية
اليه سواء كانت مربوطة بالاولى برجوع الضمير او لم يكن

فصل في المكاتبة الفاسدة

قوله لانه ليس بمال في حق المسلم لانه ليس بمال متقوم ولا فقد صرحوا بان الخمر والخنزير مال في حق المسلم
ايضا الا انهما ليسا بمتقومين لا يرى انه يجري التوارث فيهما بين المسلمين **قوله** وقال زفر رحمه الله لا
يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة **فان قلت** ان كان المراد هو قيمة نفس العبد لم
يترتب هذا التعليل على قوله لا باداء قيمة الخمر بل يجب ح ان يقول لا يعتق الا باداء قيمة نفسه وان
اراد قيمة الخمر فذلك غير صحيح اذ البدل في الكتابة الفاسدة هو قيمة العبد لا قيمة المسمى **اجيب** بان المراد بقيمة

الخمر والمراد بالبدل هو البدل المسمى لا ما هو بدل في الكتابة الفاسدة والواجب فيها لانه لا يعتق لا
باداء قيمة الخمر لان البدل المسمى هو قيمته وذلك انه لما سمي الخمر وهو لا يصلح مسمى صرف التسمية الى
قيمته الف مع قابلية مقابلها فيعتق باداء المسمى وفي الكتابة الفاسدة ان كان الواجب هو قيمة العبد
الا ان العتق لا يتوقف على ادائها بل يعتق باداء قدر المسمى غيرانه ان كان القيمة اكثر منه ياخذ الفضل
وان كانت اقل يرد الفضل عند زفر رحمه صرح بذلك في شرح المنظومة حيث قال في باب زفر رحمه واذا
كاتب عبده على الف على خدمته ابدا فسدت الكتابة لانه شرط يخالف قضية العقد فاذا ادى الالف
عتق بحكم الشرط فان كان الالف اقل من قيمته ياخذ المولى منه تمام القيمة بالاجماع لان المقبوض
بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة وان كان اكثر من القيمة يرد المكاتب الفضل وعندنا لا يسترد لما
ما ذكرنا ان العقد الفاسد يوجب ضمان القيمة لا الاكثر كالبيع لنا ان العتق هنا حصل بحكم الشرط
وهو اداء الالف ولو استرد شيئا بطل بعض الشرط فلا يعتق بخلاف البيع فان معنى الاداء فيه غير
مرعي هذا لفظه واليه اشار المصنف رحمه بقوله والفرق بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير
مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط هذا لفظه واما ما
ذكر في الشافعي من ان المراد بالقيمة هو قيمة نفس العبد حيث قال لان البدل هو القيمة لما في الكتابة
الفاسدة يعني لم يصلح الخمر بدل الكتابة فيكون قيمة هذا العبد بدل الكتابة فلا بد من اداء هذا البدل
لتحصل العتق ففيه نظر اما اولا فلما ذكرنا منقولا من شرح المنظومة من ان العتق في الكتابة الفاسدة لا
يتوقف على اداء قيمة العبد بل يعتق باداء المسمى عندنا وعند زفر واما ثانيا فلظهور انه لا يترتب
هذا التعليل على قوله لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وذلك ظاهر وذكر في الكافي وقال زفر لا يعتق
الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الفاسدة هو القيمة وانما يعتق المكاتب باداء البدل لا باداء غير البدل
كما ذكر في المبسوط والذخيرة وغيرهما وما ذكر في الهداية انه لا يعتق الا باداء قيمة الخمر مشكل هذا لفظه
وقد ذكرنا من شرح المنظومة ما يدل على ان العتق عندنا وعند زفر رحمه لا يتوقف على اداء القيمة
في الكتابة الفاسدة بل يعتق باداء قدر المسمى بحكم التعليق فجاز ان يكون في المسئلة روايتان عن
زفر رحمه فلا يشكل ما ذكر في الهداية ثم جاز ان يكون ما ذكر المصنف من قوله لا باداء قيمة الخمر محمولا على
ما اذا كان قيمة الخمر مثل قيمة العبد فح لا يخالف ما ذكر في الكتب ويصح التعليل بقوله لان البدل
هو القيمة بلا تكلف والله اعلم بالصواب **قوله** لانه عقد فاسد فيحتاج الى الفرق بين الكتابة
الفاسدة والبيع الفاسد حيث ينقص من المسمى في البيع دون الكتابة والفرق ان الموجب الاصلي في
البيع هو القيمة لانه مبادلة حقيقة والاصل في المبادلات المالية هو القيمة فلا يعدل عنه الا عند صحة
التسمية اما الكتابة فليست مبادلة في الحقيقة لا مبادلة مالية فلا يكون القيمة اصلا فيها حتى يصادفها

عند فساد التسمية فيعتبر فيه رضاء الحر وهو مولاه ولم يرض بالنقصان من المسمى فلا ينقص عنه
اما العبد فانما يلزمه الزيادة على قدر المسمى لانه يجب عليه رد رقبته بعد العتق وقد تعذر فيجب
قيمته اقامة لها مقام العين لا لان القيمة هو الاصل في الكتابة حتى يصادفها عند الفساد **قلت**
او كثرت **قوله** كيلا يبطل حقه في العتق اصلا قال الشارح هذا لا يصلح تعليلا لقوله والعبد
راض بالزيادة لاحتمال ان يكون غير راض به وان بطل حقه في العتق لانه يقع مشوبا بالضرر
وكم من عبد لا يرضى بالعتق لعسرة الطعام بل لا بد فيه الزيادة على المسمى اولى **قلت** لا خفاء ان
العتق مع لزوم الزيادة نفع محض من حيث انه يؤدي بدل الكتابة من مال المولى لانها عقد كذلك
لانه في الحقيقة مبادلة ماله بماله فكيف لا يرضى العبد باداء الزيادة من مال المولى وهو يتخلص
به من ذل الرق الذي هو موت حكمي الا يرى انه لو لم يرض بالزيادة حتى يبطل حقه
في العتق لكان جميع اكسابه للمولى وهو اضر به من تحمل الزيادة ودفع الضرر الكبير بتحمل اليسير نفع
محض فيصح قوله كيلا يبطل حقه تعليلا للرضاء بالزيادة ثم قال فالاولى في تعليله ان يقال العبد
راض بالزيادة على المسمى لانه لما قبل الكتابة الفاسدة كان قابلا وجوب قيمته على نفسه بالغة ما بلغت
لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره فكان قابلا قيمة نفسه ثم قيمته قد
تزيد على قيمة المسمى فكان راضيا بالزيادة ثم لفظه **فان قلت** فينبغي ان يجوز التنقيص عن قيمة المسمى
ايضا اذا كانت قيمة نفسه اقل من قيمة المسمى لان المولى لما باشر الكتابة الفاسدة وموجبها القيمة وقد
ينقص عن المسمى كان راضيا بالنقصان وقد صرح في الكتاب بان المولى ما رضي بالنقصان ويجب عليه
قوله فلا ينقص من المسمى **قلت** جوابه سياتي في تقريرنا في الكتاب ثم قال **وان قلت** ما وجه قوله كيلا
يبطل حقه في العتق بعدما نزل العتق باداء الخمر والكلام فيه **قلنا** يحتمل ان القاضي يرى صحة ما روي عن
ابي حنيفة رحمه انه اذا كاتب على خمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فيقضي بتلك الرواية
فيبطل حقه في العتق هذا لفظه **قلت** هذا انما يصلح مصححا لقوله كيلا يبطل حقه في العتق ان لو فرضت المسئلة
فيما اذا كاتبه على خمر ولم يقل ان اديتها فانت حر وهي مطلقة ففي ظاهر الرواية لو قال كاتبتك
على خمر ان اديتها فانت حر فاداها يعتق بحكم الكتابة دون التعليق وتجب عليه قيمته لا ينقص عن
المسمى ويزاد عليه لان التعليق انما يعتبر اذا لم يمكن اعتبار معنى العقد في الكتابة كالكتابة على الدم
لما اذا امكن فلا اعتبار للعقد واعتبار معناه في الكتابة على الخمر ممكن على ما مر في الكتاب فتصحيح
قوله كيلا يبطل على هذا الوجه لا يستقيم فيما اذا قال ان اديتها فانت حر لانه يعتق باداء الخمر في باقي
الروايات غير انه يعتق بحكم الكتابة في ظاهر الرواية وبحكم التعليق في غيره فلا يمكن ان يقضى ببطلان
العتق في غير ظاهر الرواية وايضا الحق المصنف رحمه الكتابة على الخمر في غير ظاهر الرواية بالكتابة على

الميتة والدم وفيه اشارة الي انه لو ادي القيمة في غير ظاهر الرواية لا يعتق ايضا كما لا يعتق باداء
القيمة اذا كانتا علي ميتة فلا يرتفع احتمال بطلان حقه في العتق باداء المسمى بالغا ما بلغ علي
غير ظاهر الرواية لجواز ان يرافع الامر الي القاضي بعد اداء قدر المسمى فيحكم بعدم العتق فالاولى
ان يقال انه وان كان يعتق في ظاهر الرواية باداء الخمر ولكن يحتمل ان ينازعه المولى عند
امتناعه عن اداء الزيادة بانه لم يعتق باداء الخمر متمسكا بمذهب زفر رحمه الله فيقضي القاضي بمذهبه
فيبطل حقه فالظاهر انه يرضى بالزيادة صيانة لحقه عن توهم البطلان هذا وقد يقال ان اثبات الرضا
من العبد بالزيادة بقوله صيانة بقوله كيلا يبطل اثبات من حيث الظاهر وانه لا يكفي للاستحقاق
والحاجة هنا الي استحقاق الزيادة علي العبد الا ان يقال هذا استحقاق ضروري لانه عقد كرم
فجاز ان يكتفي لاثبات مثله بالظاهر ثم نقول **قوله** وهذا لان المولى الخ استدلال علي القضية
الاولى وهو قوله لا ينقص عن المسمى اي ان المولى ما رضي بالنقصان عن قدر المسمى حيث علق علي
قدر المسمى والعبد رضي بالزيادة علي قدر قيمته الي حد المسمى حيث قبل العقد بالمسمى كيلا يبطل
حقه في العتق اي انما رضي بالزيادة علي قدر قيمته لانه لو لم يرض به والمولى لا يرضى باقل من قدر
المسمى الذي علقه باب التحصيل ويبطل حقه الثابت في العتق بايجاب المولى وفيه من الضرر ما لا
يخفى فالحاصل العايدة يلزم الزيادة علي قدر قيمته الي حد المسمى فعلى هذا يراد بقوله فيجب بالغة
ما بلغت هو المسمى لا قيمة العبد اي يجب المسمى وان زاد علي قدر قيمة العبد وجاز ان يكون
استدلالا علي القضيتين اعني قوله لا ينقص ويزاد ح يعني ان المولى ما رضي بالنقصان عن
قدر المسمى فلا ينقص عنه والعبد رضي بالزيادة علي قدر المسمى فيزاد عليه ويجب القيمة بالغة ما بلغت
الا علم رضاء المولى بالنقصان عن المسمى فلانه علق العتق باداء المسمى ومن ضرورته عدم رضاه
بالعتق باقل من ذلك وفي النقصان عن قدر المسمى يلزم سلامة العتق باقل من قدره وهو
لم يرض به واما رضي العبد بالزيادة علي قدر المسمى فلان موجب الكتابة الفاسدة هو لزوم القيمة
فلما اقدم عليه مع علمه بوجوب القيمة رضي بالزيادة علي قدر المسمى اذا زادت قيمته عليه **فان قلت**
فالمولى ايضا اقدم علي الكتابة الفاسدة وانه يوجب القيمة فيكون راضيا بما قلت او كثرت **اجيب**
بان الكتابة الفاسدة لا يمكن ان يجعل دليلا في حق المولى علي رضاه بالاقل لانه علق العتق
علي سلامة قدر المسمى له وذلك يمنع رضاه بسلامته باقل منه اذ العتق لما كان معلقا علي اداء الخمر
لا يحصل دونه وفي التنقيص عن قدر المسمى يلزمه ان يسلم العتق للعبد باقل مما سمى وهو لم يرض به
فلا يكون راضيا بالنقصان ضرورة فلهذا المانع لم يثبت رضاه بالاقل بدلالة الاقدام علي العقد
الفاسد اما العبد فلما قبل التعليق علي قدر المسمى فقد رضي بسلامة العتق له بقدر المسمى وعلم

توقفه

توقفه علي الاكثر منه وانه قد سلم له بذلك القدر ولم يتوقف علي غيره غير انه لزم الزيادة
بعد سلامة العتق له بقدر المسمى لرضاه بما في ضمن الاقدام منافاة بين لزوم الزيادة وعدم توقف
العتق علي الاكثر من قدر المسمى اما في جانب المولى فرضاه بسلامة العتق للعبد من قبله بقدر
المسمى وتعليقه عليه ينافي رضاه بالاقل لان التعليق علي المسمى لمنع رضاه بالعتق بالاقل وفي التنقيص
ذلك لان القدر المسمى لم يسلم له فافترقا فعلى هذا معنى قوله كيلا يبطل حقه في العتق انه رضي
بالزيادة علي قدر المسمى بالاقدام علي العقد محافظة علي ما ثبت له من حق العتق علي تقدير قبول
هذه الكتابة وتحصيلا لهذا الحق الذي نيط بمعادات الدارين **قوله** بخلاف ما اذا كاتبه
علي ثوب ذكر الفرق بين الكتابة علي القيمة وبينها علي ثوب وان صحح في الذخيرة بان في الكتابة
معاوضة وتعليق عتق باداء العوض فقلنا القيمة تصلح عوضا لانها معلوم الجنس وتصير معلوم
القدر عند الاداء واذا صلح عوضا وهو ملحوظ به تعلق العتق باداءه اما الثوب فلا يصلح عوضا لانه
مجهول القدر والجنس فلا يتعلق باداءه في الكتابة لان عتق المكاتب يتعلق باداء العوض فلهذا
لا يعتق باداء الثوب كذا في الشرح **وفيه نظر** لان القيمة لو كانت معلومة الجنس وتصير معلومة
القدر عند الاداء لكانت الجهالة فيه يسيرة فينبغي ان يجوز الكتابة عليها كما جازت علي العبد والوزن
ولان المصنف قد ذكر في وجه فساد الكتابة علي قيمة العبد ان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا
فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت علي ثوب او دابة وهذا تصريح بان الجهالة في القيمة
كهي في الثوب وذكر في الذخيرة خلافه وفي التوفيق صعوبة والوجه فيه والله اعلم ان القيمة مجهولة
الجنس لانها دراهم او دنانير وهما جنسان مختلفان حقيقة حتى اجري الربوا فيهما وجنس واحد
من حيث ان كلا منهما ثمنان وقد استحسنوا بجعلهما جنسا واحدا في كثير من المسائل علي ما ذكرنا
في الوكالة فمن حيث انهما جنسان صارت القيمة مجهولة الجنس وهي في الحال مجهولة القدر والوصف
اعتبرت الجهالة متفاحشة حتى فسد العقد ومن حيث انهما جنس واحد كانت معلومة الجنس في الحال
وانما يصير معلومة القدر ايضا فاعتبرت عوضا يعتق باداءها عملا بالاعتبارين **قوله** وليها انه لا
يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذا مستثنى وقد يشكل بما يقال
ان القيمة تصلح بدلا في الجملة فانه لو كاتب علي وصيف واتى بالقيمة يجبر علي القبول فاذا كانت
القيمة تصلح بدلا في ضمن تسمية العبد وجب ان يصح استثناؤه بهذا الطريق ايضا وقولهما والعبد لا
يستثنى من الدنانير قلنا وجب ان يستثنى لان كلاهما يجب دينا في الذمة بدلا عن الكتابة وكانا
متجانسين الا يرى انه يصح استثناء المكيل من الدراهم والدنانير في قوله له علي الف درهم لتجانسهما
في اللزوم في الذمة **قوله** ولو اداه عتق اي لو ادى المسلم الخمر عتق لان العقد لما وقع علي الخمر

المبة والدم وفيه اشارة الى انه لو ادى القيمة في غير ظاهر الرواية لا يعتق ايضا كما لا يعتق باداء
القيمة اذا كانتا على مبتنح لا يرتفع احتمال بطلان حقه في العتق باداء المسمى بالغا ما بلغ على
غير ظاهر الرواية لجواز ان يرافع الى القاضي بعد اداء قدر المسمى فيحكم بعدم العتق فالاولى
ان يقال انه وان كان تعتق في ظاهر الرواية باداء الخمر ولكن يحتمل ان يرافعه المولى عند
امتناعه عن اداء الزيادة بانه لم يعتق باداء الخمر متمسكا بمذهب زفر ره فيقضي القاضي بمذهبه
فيبطل حقه فالظاهر انه يرضى بالزيادة صيانة لحقه عن توهم البطلان هذا وقد بقي ان اثبات الرضا
من العبد بالزيادة بقوله صيانة بقوله كيلا يبطل اثبات من حيث الظاهر وانه لا يكفي للاستحقاق
والحاجة هنا الى استحقاق الزيادة على العبد الا ان يقال هذا استحقاق ضروري لانه عقد كرم
فجاز ان يكتفي لاثبات مثله بالظاهر ثم نترك **قوله** وهذا لان المولى الخ استدلال على النقض
للاولى وهو قوله لا ينقص عن المسمى لان المولى ما رضي بالنقصان عن قدر المسمى حيث علق على
قدر المسمى والعبد رضي بالزيادة على قدر قيمته الى حد المسمى حيث قبل العقد بالمسمى كيلا يبطل
حقه في العتق لانه انما رضي بالزيادة على قدر قيمته لانه لو لم يرض به والمولى لا يرضى باقل من قدر
المسمى لانسد عليه باب التحصيل ويبطل حقه الثابت في العتق بايجاب المولى وفيه من الضرر ما لا
يخفى فالعائدة الحاصلة يلزم الزيادة على قدر قيمته الى حد المسمى فعلى هذا يراد بقوله فيجب بالغة
ما بلغت هو المسمى لا قيمة العبد لئلا يجب المسمى وان زاد على قدر قيمة العبد وجاز ان يكون
استدلالا على النقضين اعني قوله لا ينقص ويزاد ح يعني ان المولى ما رضي بالنقصان عن
قدر المسمى فلا ينقص عنه والعبد رضي بالزيادة على قدر المسمى فيزاد عليه ويجب القيمة بالغة ما بلغت
اما عدم رضاء المولى بالنقصان عن المسمى فلانه علق العتق باداء المسمى ومن ضرورته عدم رضاه
بالعتق باقل من ذلك ونفي النقصان عن قدر المسمى يلزم سلامة العتق باقل من قدره وهو
لم يرض به واما رضى العبد بالزيادة على قدر المسمى فلان موجب الكتابة الفاسدة هو لزوم القيمة
فلما اقدم عليه مع علمه بوجوب القيمة رضي بالزيادة على قدر المسمى اذا زادت قيمته عليه **فان قلت**
فالمولى ايضا اقدم على الكتابة الفاسدة وانه يوجب القيمة فيكون راضيا بما قلت او كثرت **اجيب**
بان الكتابة الفاسدة لا يمكن ان يجعل دليلا في حق المولى على رضاه بالاقل لانه علق العتق
على سلامة قدر المسمى له وذا يمنع رضاه بسلامته باقل منه اذ العتق لما كان معلقا على اداء الخمر
لا يحصل دونه وفي التنقيص عن قدر المسمى يلزمه ان يسلم العتق للعبد باقل مما سمى وهو لم يرض به
فلا يكون راضيا بالنقصان ضرورة فلهذا المانع لم يثبت رضاه بالاقل بدلالة الاقدام على العقد
الفاسد اما العبد فلما قبل التعليق على قدر المسمى فقد رضي بسلامة العتق له بقدر المسمى وعلم

العتق

توقفه

توقفه على الاكثر منه وانه قد سلم له بذلك القدر ولم يتوقف على غيره فيرانه لزم الزيادة
بعد سلامة العتق له بقدر المسمى لرضاه به في ضمن الاقدام منافاة بين لزوم الزيادة وعدم توقف
العتق على الاكثر من قدر المسمى اما في جانب المولى فرضاه بسلامة العتق للعبد من قبله بقدر
المسمى وتعليقه عليه ينافي رضاه بالاقل لان التعليق على المسمى لمنع رضاه بالعتق بالاقل وفي التنقيص
ذلك لان القدر الاقل من المسمى لم يسلم له فافترقا فعلى هذا معنى قوله كيلا يبطل حقه في العتق انه رضي
بالزيادة على قدر المسمى بالاقدام على العقد محافظة على ما ثبت له من حق العتق على تقدير قبول
هذه الكتابة وتحصيلا لهذا الحق الذي نيط به مقادات (?) الدارين **قوله** بخلاف ما اذا كاتبه
على ثوب ذكر الفرق بين الكتابة على القيمة وبينها على ثوب وهو اوضح في الذخيرة بان في الكتابة
معاوضة وتعليق عتق باداء العوض فقلنا القيمة تصلح عوضا لانها معلوم الجنس وتصير معلوم
القدر عند الاداء واذا صلح عوضا وهو ملفوظ به تعلق العتق باداءه اما الثوب فلا يصلح عوضا لانه
مجهول القدر والجنس فلا يتعلق باداءه في الكتابة لان عتق المكاتب يتعلق باداء العوض فلهذا
لا يعتق باداء الثوب كذا في الشرح **وفيه نظر** لان القيمة لو كانت معلومة الجنس وتصير معلومة
القدر عند الاداء لكانت الجهالة فيه يسيرة فينبغي ان يجوز الكتابة عليها كما جازت على العبد والوزن (?)
ولان المصنف ره قد ذكر في وجه فساد الكتابة على قيمة العبد ان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا
فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب او دابة وهذا تصريح بان الجهالة في القيمة
كهي في الثوب وذكر في الذخيرة خلافه وفي التوفيق صعوبة والوجه فيه والله اعلم ان القيمة مجهولة
الجنس لانها دراهم او دنانير وهما جنسان مختلفان حقيقة حتى اجري الربوا فيهما وجنس واحد
من حيث ان كلا منهما ثمنان وقد استحسنوا بجعلهما جنسا واحدا في كثير من المسائل على ما ذكرنا
في الوكالة فمن حيث انهما جنسان صارت القيمة مجهولة الجنس وهي في الحال مجهولة القدر والوصف
اعتبرت الجهالة متفاحشة حتى فسد العقد ومن حيث انهما جنس واحد كانت معلومة الجنس في الحال
وانما يصير معلومة القدر ايضا فاعتبرت عوضا يعتق باداءها عملا بالاعتبارين **قوله** ولهما انه لا
يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذا مستثنى وقد يشكل بما يقال
ان القيمة تصلح بدلا في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فاذا كانت
القيمة تصلح بدلا في ضمن تسمية العبد وجب ان يصح استثناؤه بهذا الطريق ايضا وقولهما والعبد لا
يستثنى من الدنانير قلنا وجب ان يستثنى لان كلا منهما يجب دينا في الذمة بدلا عن الكتابة فكانا
متجانسين الا يرى انه يصح استثناء المكيل من الدراهم والدنانير في قوله له على الف درهم لتجانسهما
في اللزوم في الذمة **قوله** ولو اداه عتق لانه لو ادى المسلم الخمر عتق لان العقد لما وقع على الخمر

رسوله وقع فاسدا من الابتداء فلا تجب قيمته الخمر ولكن في الكتابة معنى التعليق بالاداء فاذا وجد الشرط وهو اداء الخمر يعتق **فان قلت** اذا كاتب المسلم عبده على الخمر ابتداء يعتق باداء الخمر وهنا لما في مسألة النصرانية لا يعتق مع ان القياس ان يعتق هنا باداء الخمر بالطريق الاولى لان العقد ثابتا ههنا انعقاده على الخمر **قلت** عقد المسلم على الخمر انعقد مع الفساد فيعتق باداء المشروط لما فيه من معنى التعليق ويكون عليه قيمته نفسه اما هنا فالكتابة انعقدت صحيحة على تقدير اداء بدل يصح اداؤه وقامت القيمة مقام الخمر ولم يوجد هنا معنى التعليق باداء الخمر حتى يعتق به كذا في الشرح الايقال ذكر في الذخيرة ان في الكتابة معنيين معاوضة لوجود العوض من الجانبين وتعليق عتق باداء العوض لان حد التعليق نزول الجزاء بشرط يوجد في المستقبل وفي الكتابة تعليق وقوع العتق باداء ما صار عوضا وهذا يشعر بوجود معنى التعليق في الكتابة صحيحة كانت او فاسدة لوجود التعليق في كل منهما بل معنى التعليق على اداء العوض في الصحيحة اظهر لصحة العوضية فيها فقول الشارح ولم يوجد معنى التعليق باداء الخمر حتى يعتق باداءه مشكل لانا نقول ان العتق في كتابة النصرانية ايضا تعلق على اداء الخمر لكن من حيث انه بدل يصح اداؤه فلما اسلم احدهما لم يبق الخمر بدلا يصح اداؤه فلا يعتق باداءه بل صار البدل الذي يصح اداؤه هو قيمته فيتعلق العتق بها بخلاف ما اذا كاتب المسلم على الخمر فان العتق هناك معلق باداء الخمر من حيث هو فيعتق باداءه هذا هو مقصود الشارح **فان قلت** كما يصح بقاء العقد على قيمته في كتابة النصرانية اذا اسلم لم لا يصح ابتداؤه عليها في كتابة المسلم **قلت** ان القيمة تصلح بدلا بطريق الضمن في الجملة ولا تصلح بدلا مقصودا حتى لو كاتب على قيمته عبد لا يصح ولو كاتب على وصيف يصح ويجبر على قبول القيمة فمن حيث انه لا يصح بدلا مقصودا لا ينعقد العقد عليها ابتداء ومن حيث انها تصلح بدلا ضمنا جاز البقاء عليها ولم يمكن اذ البقاء اسهل من الابتداء فمتى جاز الابتداء عليها جاز البقاء بالطريق الاولى ولان جهة الضمانية بالبقاء الذي هو اسهل

باب ما يجوز للمكاتب

قوله ولا يتكفل لانه تبرع محض اما اذا كان بغير امره فظاهر ولئن كان بامره فكذلك لان الكفيل متى ادى يصير مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل انه لا يشترط قبض البدل لسبب في مجلس ولو كان معاوضة لاشترط لكونه صرفا ولا عادة تبرع فكذا الاقراض والتبرع غير داخل في الكتابة كذا في الشرح والشاهات **وفيه نظر** لما مر في الكفالة ان الكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى لانه ملك بالاداء فينزل منزلة الطالب بخلاف المامور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء فلو كان الكفيل مقرضا وجب ان يرجع بما ادى لا بما ضمن اذ المقرض لا يرجع الا بما اقرض وايضا قد مر التصريح في الكتاب بانه يجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فينزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابراء الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح واذا قبض الكفيل قبل ادائه الى الطالب يملكه فلو كان الكفيل مقرضا لما وجب له على المطلوب قبل ادائه الى الطالب مثل ما وجب للطالب عليه ولما ملك المدفوع اليه قبل الاداء ولما صح ابراؤه فظهر ان اداء الكفيل ليس من الاقراض في شيء وايضا لو كفل احد المتفاوضين بامر المكفول عنه يلزم صاحبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما اما الاقراض فلا يلزم شريكه بالاتفاق فلو كانت الكفالة اقراضا لما لزمت صاحبه بالاتفاق كالاقراض فلا يلزم شريكه ثم ما ذكره المصنف في تقوله لانه تبرع محض لا يدل وان حمل على حال الابتداء لما صرح به في الشركة ان الكفالة تبرع ابتداء ولكنها ينقلب معاوضة بقاء لانه يرجع بما ادى الى المكفول عنه ولكن ما ذكر في الكفالة من انه يجب للكفيل على المطلوب بمجرد الكفالة مثل ما وجب للطالب عليه يقتضي ان لا يكون تبرعا لا ابتداء ولا بقاء فيشكل به قوله لانه تبرع محض **قوله** وهو قياسه على المكاتب واعتبره بالاجارة استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس واما الفعلان فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة من المعاوضات المالية لان للمنفعة حكم المال الا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان لفظ الاعتبار هنا اولى كذا في الشرح **وفيه نظر** اذ الاعتبار والقياس في الاصطلاح بمعنى الا يرى انه ثبت شرعية القياس بلفظ الاعتبار في قوله تعالى فاعتبروا يا اولي الابصار فيكون ما هو شرط للقياس شرطا للاعتبار فاذا لم يوجد شرط القياس في القياس على الاجارة لم يصح اطلاق لفظ الاعتبار ايضا وذلك ان الاعتبار عبارة عن رد الشيء الى نظيره فاذا لم يكن التزويج نظير الاجارة كيف يعتبر به ثم الشارح قد تمسك هنا على ان للمنفعة حكم المال بعدم ثبوت الحيوان دينا في الذمة بمقابلته وذكر في كتاب الغصب عند قوله ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه ان عدم ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عن المنفعة ليس باعتبار ان للمنفعة حكم المال بل لان المنفعة هي المعقود عليها في الاجارة وهو غير مملوكة للمستاجر في الحال لانها معدومة فلو صح الحيوان دينا في الذمة اجرة لصاحب الدار لم يبق المساواة بين العوضين وهي معنى الربوا فلم يجز لذلك هذا كلامه ففي التوفيق نوع صعوبة **قوله** فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة **قلت** فيجب ان لا يملك المولى اعتاق الولد الذي

اشتراه المكاتب حال الكتابة لا يملك اعتاق مكاتب المكاتب وحيث ملك علم انه يدخل في كتابته
تبعا لانه يصير مكاتبا له بالشراء فيولف الكسب يكفي للصلة في الولاد وقد يقال متى كان الكسب
الذي للمكاتب يكفي للصلة يلزمه نفقة آبائه والابناء في مال المكاتب ولا يلزمه وعللوه بان نفقة
هؤلاء صلة محضة والمكاتب ليس باهل لما هو صلة محضة وايضا لا يخفى ان تكاتب الاب والابن
على المكاتب صلة محضة كالعتق على الحر فيجب ان لا يدخل المكاتب له **قوله** ولا يكفي
في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ على الموسر او قد يشكل بان علم وجوب الصلة بالنفقة لا يوجب
علم وجوبها عليه بالتكاتب لان الكتابة نوع عتق وجاز ان لا يجب النفقة صلة ويجب العتق
عند الملك فان نفقة غير الولاد لا يجب عند اختلاف الدين ويعتق اذا ملكه مجازا من
يتكاتب غير الوالدين والمولودين على المكاتب ولا يجب نفقتهم عليه وذلك ان بقاء الملك من
كل وجه اشد في القطعية من حرمان النفقة فجاز ان يكفي فيه باصل القدرة ويشترط لوجوب
النفقة القدرة بالملك كما انه اكتفي للعتق باصل القرابة واشترط للنفقة القرابة المؤيدة
باتحاد الدين **قوله** لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة يعني لما كان العتق اسرع نفوذا
اكتفي لتحققه بنفس القرابة المحرمة للنكاح فالحقنا القرابة المتوسطة في حقه بالولاد والكتابة
لما كانت ابطأ نفوذا اشترط لتحققه القرابة القريبة وهو قرابة الولادة فالحقنا المتوسطة في حقها
بقرابة بني الاعمام ووجه آخر ان العتق لما كان اسرع نفوذا لزم ان ينفذ في كل ما ينفذ الكتابة
فيه فلم يتحقق العمل بالشبهين فلو نفذنا الكتابة لاخ لزم القول بنفاذ عتقه ايضا فبطل العمل بشبه
قرابة بني الاعمام ولا يلزم من نفاذ العتق نفاذ الكتابة فيكون القول بنفاذ العتق دون الكتابة
عملا بالشبهين وفي الذخيرة ولابو حنيفة بقول علة جواز حال المملوك كحال المالك شيئان قرابة
محرمة للنكاح وحقيقة الملك على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه
وهذه العلة توجد في حق الحر سواء ملك اخاه او اباه فاما المكاتب فقد وجد علة العتق فيما اذا اشترى
ابنه او اباه لانه وجدت القرابة المحرمة للنكاح ووجدت حقيقة الملك ايضا حكما لانه انضم الى
حق الملك الولاد وله زيادة اثر في ايجاب الصلة حتى ان للاب ان يتملك النفقة وان كان
مكاتبا ويتحقق عند اختلاف الدين فالتحق الحق بالحقيقة ومن حكم حقيقة الملك ان يصير المملوك
القريب بمثل حال المالك اذا كان ذا رحم محرم منه وفيما اذا اشترى اخاه لم توجد علة العتق في
حق المكاتب لانه ان وجدت القرابة المحرمة للنكاح لم توجد حقيقة الملك الحقيقة وهو ظاهر ولا حكما
لانه لم ينضم الى حقيقة الملك ماله اثر في ايجاب زيادة الصلة وهو الولاد فلم يلتحق الحق بالحقيقة بل
هو مجرد الحق مع القرابة المحرمة للنكاح وانه ليست بعلة لصيرورة المشتري بمثل حال المشتري الى

هنا كلامه **وفيه نظر** حيث يلزم على هذا ان يعتق على المولى ابنه اذا اشتراه المكاتب
لان للمولى ايضا حق الملك في مال المكاتب وقد انضم اليه الولاد الذي له زيادة اثر في
ايجاب الصلة فصار كحقيقة الملك مع القرابة بعين ما ذكر في المكاتب اذا اشترى ابنه **قوله**
وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متاخرة الى ما
بعد العتاق **فان قلت** هذا الكلام على مذهب محمد لو وجبت القيمة عنده بعد العتق كما هو رواية
الجامع الصغير اما على ما قال في المبسوط ان النكاح ان كان باذن السيد فعليه قيمة الولد
والمهر في الحال وان كان بغير اذن سيده فعليه قيمة بعد العتق فما وجه الالزام عليه **قلت**
وجهه انه لا مناسبة بين الحر والعبد اذا كان النكاح بغير اذن المولى لان حق المستحق
في هذه الصورة لو جبر لكان مجبورا بقيمة متاخرة الى ما بعد الاعتاق باتفاق الروايات عن
محمد وهذا التاخير يجري مجرى الابطال حيث لا غاية له فلما بطل الاخذ بالقيمة فيما اذا
كان النكاح بغير اذن السيد بطل فيما كان باذنه لعدم القائل بالفصل **فان قلت** لماذا
لا يجب القيمة على العبد في الحال اذا كان النكاح باذن السيد وقد ثبت ان كل دين
على المملوك بسبب ماذون فيه من جهة المولى يؤخذ به في الحال **قلت** نعم لو وجب
الدين بذلك السبب اخذ به في الحال ولكن الايجاب هنا غير ممكن لان ولد المغرور
انما يجعل حرا بالقيمة نظرا للجانبين ودفعا للضرر عنهما ولكن دفع الضرر على وجه يلزم
اضرار الغير لا يجوز وهنا دفع الضرر عنهما بجعل الولد حرا بقيمة ناجزة اضرار بالمولى وذلك
لا يجوز توضيحه ان نكاح العبد لا يصلح ان يصير موجبا لحرية الاولاد بقيمة ناجزة لا بالحاقه بمورد
الاجماع ولا وجه للالحاق سوى دفع الضرر عن العبد ودفع الضرر الخاص يتحمل مثله باطل
وفي الحاقه دفع الضرر عن العبد بالحاق الضرر بالمولى فكان باطلا ولما بطل الالحاق بقي
النكاح غير موجب حرية الاولاد فلا يكون الرضا بهذا النكاح رضا من المولى بلزوم قيمة ناجزة
عليه نعم لو كان هذا النكاح موجبا حرية الاولاد بقيمة ناجزة في الشرع لكان الرضا من المولى ايضا
رضا بالقيمة الناجزة ولكن الكلام في ان هذا النكاح هل يصلح موجبا لحرية الاولاد بالقيمة
الناجزة فمتى لم يثبت ذلك لم يكن الرضا به من المولى رضا بلزوم القيمة عليه وهو غير ثابت
لما ذكرنا **قوله** عنده لما يجري بقي الثلثان عبدا وقد تلقتها جهتا حرية بيدلين معجل بالتدبير
ومؤجل بالكتابة فتخير لان في كل من جهتي الحرية فايدة ليست في اخرى وذلك انها لو
~~اختارت الكتابة ربما احتاجت الى اداء جميع الكتابة وزيادة سلمت الكرمانى ولو اختارت~~
الكتابة سلمت ولو اختارت الكتابة ربما احتاجت الى اداء جميع الكتابة وزيادة يبلغ الكرماني

الربوا انما يكون في المال او فيما له حكم المال واما انه فضل من وجه فلانه قد يزداد المال
بزيادة الاجل فلا يكون في حكم الربوا لانه ظهر النقصان في كونه عقدا وكونه فضلا ولو كان
في احدهما لكان شبهة فلما ظهر فيهما كان شبهة الشبهة كذا في الشرح **فان قلت** ان الشروط
المفسدة للبيع ملحقة بالربوا مع ان بعضا ليس بمال ولا له حكم المال فما وجه قوله فضل الربوا انما
يكون في المال او ما في حكمه **اجيب** بانا لا نسلم ان الشروط المفسدة التي ليست بمال ولا في حكمه
ربوا بل الفساد فيها باعتبار انها مفضية الى المنازعة لا باعتبار انها ربوا الى هذا اشير في الشرح
في باب البيع الفاسد عند قوله لان فيه زيادة عارية عن العوض وقد ذكرنا من قبل **فان قلت**
يشكل قوله والاجل ربوا من وجه بان الربوا انما يلزم باعتبار الخمساية المحطوط لا باعتبار الاجل فانه
لما صالح على خمساية معجلة كان ذلك اعتياضا عن الالف اذ لا يمكن حمله على استيفاء البعض
واسقاط الباقي لان حقه في الموجل لا في المعجل فيحمل على المعاوضة وهي معاوضة الالف بخمس
ماية فيكون ربوا باعتبار الخمساية المحطوط لا باعتبار الاجل ولا شك ان الخمساية المحطوط مال يصلح ربوا
قلت الدليل الثاني مبني على ان يجعل الخمساية المعجلة عوضا عن الخمساية من الدين والباقي
اسقاطا وذلك لان هذا باطل في الحر بدل جعل معاوضة الالف بخمساية او معاوضة خمساية موجلة
بخمساية معجلة اما الاول فلانه يستلزم الربوا لان الخمساية المحطوطة يسلم للمديون بلا عوض
لانه لا شيء يكون عوضا الا الاجل وهو لا يصلح عوضا لعدم كونه مالا اما الثاني فلانه ايضا يستلزم
الربوا وهو الاجل لان في اسقاط الاجل فايدة لاحد المتعاقدين خالية عن العوض فيكون
ربوا كالشروط المفسدة للبيع فالدليل الاول دليل لتصحيح هذا الصلح بين المكاتب ومولاه على
الطريق الاول والثاني لتصحيحه على الثاني فتامل **قوله** ~~كالام اذا كونبت دخل اولادها~~
لان له ان يترك الزيادة لتي الزيادة على ثلثي الالف بان يكاتبه على قيمته لتي ثلثي قيمته **قوله**
ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل **فان قلت** جاز ان لا يتعلق حق الشخص بالمبدل
ويتعلق ببدله الا يرى ان القصاص لا يثبت للمقتول لعدم صلاحيته لقضاء حوايجه بل يثبت لورثته
ابتدا بطريق الخلافة دون الوراثة على ما عرف ثم اذا سقط القصاص بوجه وصار مالا
يتعلق حق المقتول ببدله لصلاح البدل لقضاء حوايجه فيقضي منه وصاياه ويقضي
به ديونه **اجيب** بان المقتول وان كان لا يملك القصاص فالسبب ينعقد له حتى يصح عفوه
بعد الجرح قبل الموت وكان ينبغي ان يثبت القصاص له لكنه تعذر اثباته له باعتبار انه لا يصلح
لقضاء حاجته فقلنا يخلفه من هو اقرب الناس اليه ثم اذا صار مالا يصلح لقضاء حاجته تعلق
حق المقتول به وانعقاد السبب في حق ملك البدل يكفي لتعلق حقه في البدل وههنا لم ينعقد

حق الوارث

باب من يكاتب عن العبد

حق الوارث بالبضع اصلا فلا يتعلق ببدله من حيث انه بدله بل من حيث انه مال الميت فيتعلق
حق الوارث به كما تعلق حق المورث وقد تعلق حقه فيه موجلا فكذا حق الوارث فاما
ههنا فحق الوارث قد تعلق برقبة العبد قبل الكتابة بمرض المورث حالا لا موجلا فبقي كاسه
المريض بالغبن تعلق حق الوارث بهما كما كان متعلقا بالرقبة لقيامهما مقامه ثم المورث يريد
ان يوجل ما تعلق به حق وارثه فيتوقف على اجازته فالتاجيل من المورث تغيير لما تعلق
به حق الورثة كما لو اخر بمال موجل وكذبه المقر له يوجد به في الحال **قوله** وجه الاستحسان
الخ توضيحه ان الكتابة يتضمن تعليق العتق بالاداء ولزوم المال على العبد والحر الغائب لان
لم يصلح اصلا في حق لزوم المال على العبد فهو يصلح اصلا في حق تعليق العتق بالاداء
فيكون هذه الكتابة تعليقا لعتقه باداء القابل من غير توقف ويتوقف في حق لزوم المال
وصيرورته مكاتبا على قبوله **قوله** لا يرجع على العبد لانه لا يضمن ما ادى الى المولى لانه
متبرع والتبرع ثابت في التضمين **قوله** كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها وقد يشكل
بان المولى اذا اعتق العبد الغائب بطلت حصته من المكاتبة ولو اعتق الولد المولود في
الكتابة لا يسقط شيء من البدل وبان المولى اذا اعتق العبد الحاضر بطلت عنه الكتابة
ولا يعتق العبد الغائب والولد المولود في الكتابة يعتق عند اعتاق المكاتبة والفرق ان الولد
ليس بمقصود بعقد الكتابة حيث لم يكن موجودا وقت العقد بل دخل فيها تبعا فلا يسقط بعتقه شيء
من البدل بمقابلته والعبد الغائب مقصود بالعقد فينقسم البدل فالحاصل ان العبد الغائب
تبع من حيث انه لا ضرر في انعقاد العقد في حقه واصل من حيث ان العقد اضيف اليهما
مقصودا فكان بدل الكتابة منقسما لكن الغائب لا يوخذ به لانه لم يوجد منه القبول واما
الولد فتبع من كل وجه فلا يقابله شيء من البدل وهذا هو الجواب عن المسئلة الثانية **قوله**
ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد **فان قلت** ينبغي ان يكون حرا بلا قيمة على قول
ابي حنيفة رحمه الله لان وجوب القيمة في ولد المغرور لمالية ثابتة في الولد بحريته فيضمن
لان قيمتها وههنا الولد تبع لامه وهي غير متقومة فكذا الولد فلا يجب فكان حرا بدون القيمة
قلت عن ابي حنيفة رحمه الله في تقوم ام الولد روايتان فيكون متقوما على هذه الرواية فكان حرا
بالقيمة كذا في الشامل **وفيه نظر** لما ذكره الشارح المحقق في اول باب البيع الفاسد ان
الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله اتفقت انها لا تضمن بالبيع والغصب فاذا كان في تقوم ام الولد
روايتان عنه لكان ينبغي ان يكون عنه روايتان في كونها مضمونة بالبيع والغصب لان
ضمانها يعتمد التقوم وجودا وعدما على ان القيمة انما يجب على المغرور بالمنع من المالك

كاية ولد المغصوبة حتى يعتبر قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وبالمنع يصير غاصبا وقد ذكر الشارح
مصرحا ان ام الولد لا يضمن بالغصب عنده باتفاق فينبغي ان يكون ولدها كذلك واجاب
الشارح بقوله قلنا ذلك قيل هذا الجواب على قولهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله فينبغي ان لا يضمن
~~ضمان قيمة الولد لان حكم الولد لحكم~~
ضمان قيمة الولد لان حكم الولد لحكم الام فلا يضمن باسباب الضمان ثم لفظه فان قلت كيف يكون هذا الجواب على قولهما وهما لما
كانا يقولان بتقوم الولد فيما لا يوجبان القيمة على الثاني لان الولد رقيق عندهما وليس
بحر بالقيمة قلت كانه اراد ان هذا الجواب من ابي حنيفة رحمه الله بناء على ما قالا من تقوم الولد
يعني ينبغي ان يضمن كمال قيمته على اصل من يقول بتقومهما وان كان هو لا يقول بالضمان
بوجه آخر فالظاهر ان يقال ان ابا حنيفة رحمه الله لما حكم بحرية الولد زعما منه ان ولد المغرور ولد
حر بالقيمة باجماع الصحابة اوجب القيمة ايضا باجماعهم على خلاف القياس صرح بهذا في الذخيرة
في كتاب الغرور حيث قال اشترى ام ولد لرجل او مدبرة او مكاتبة من غير المولى فوقع عليها
فجاءت بولد فان على المستولد قيمة الولد والعقر لمولى المدبرة وام الولد وقيمة الولد والعقر
للمكاتبة وهذا الجواب ظاهر في حق المدبرة وفي حق ام الولد هذا الجواب ظاهر على قولهما
مشكل على قول ابي حنيفة لان ولد ام الولد لا يضمن بالبيع والغصب عنده فكيف يضمن بالغرور
والجواب ان ايجاب ضمان الولد بالغرور ثابت باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم اجمعوا على ان
ولد المغرور حر بالقيمة بلا تفصيل لان ايجاب ضمان الولد في بعض المواضع حصل على
موافقة القياس كما في ولد الامة والمدبرة لان المستولد منع مالا متقوما عن المستحق وكان ضامنا
بالنص بالقياس وفي ام الولد الضمان على قول ابي حنيفة ثابت باجماع الصحابة بخلاف القياس
من الوجه الذي قلنا هذا لفظه وبهذا ظهر ان وجوب قيمة الولد في مسئلتنا ليس بناء على ان
ام الولد متقومة عنده في رواية ولا يجب ان يكون في هذه المسئلة ايضا روايتان وكذا يجب ان يكون
في مسئلة الذخيرة ايضا روايتان وليس هذا بناء على قولهما ولكن هذا ايضا مشكل وهو ان ولد المغرور
قد يكون حرا بلا قيمة اذا وجد المانع من ايجابها الا يرى انه اذا اغار اهل الحرب على قرية
المسلمين وفيها امهات الاولاد والمدبرات والمكاتبات واحرزوهن بدارهم وقسم ذلك بينهم
فاستولدوهن ثم اسلموا او صاروا ذمة كانت مردودات على مواليهن لانهن لم يملكن بالفيء
والاولاد ثابت النسب من الاباء لانهم وطئوهن بشبهة الملك فكانوا بمنزلة المغرور وولد المغرور
حر ثابت النسب فكذا هؤلاء الاولاد ولا عقر على الاباء لانه بدل منفعة البضع ولو اتلفوا حال
حربهم النفس لم يضمنوا فكذا اذا اتلفوا منافع بضعهن وكذا ليست عليهم قيمة الاولاد ولزم ما ورد

مستهلكين

مستهلكين للاولاد على المولى بحكم الغرور لانهم حال ما وطئوهن كانوا محاربين وذلك يمنع
وجوب الضمان عليهم باستهلاك ما بها جزء منهن حقيقة فكذا باستهلاك هذا الجزء وهو الولد
بحكم الغرور كذا ذكره في الذخيرة ايضا فانظر انه لما تعذر ايجاب القيمة على اهل الحرب المغرورين
لكونه مخالفا للقياس لم يجب عليهم باجماعهم على ان ولد المغرور حر بالقيمة من غير تفصيل
فكذا ينبغي ان لا يجب قيمة ولد المغرور اذا كان ولد ام ولد للغير عند ابي حنيفة رضي
الله عنه لان عدم تقومها مانع من ايجاب قيمته وجوابه ان عدم تقوم ام الولد وولدها مجتهد فيه
فلا يجوز تبديل الاجماع المطلق به وفي مسئلة اهل الحرب قيدنا الاجماع بدلالة اجماع آخر وهو ان لا ضمان
عليهم فيما اتلفوا حال حربهم ودلالة الاجماع يصلح مقيدا للاجماع الآخر هذا والكلام بعد محل نظر
وقد ذكرنا هذا البحث مع جوابه في باب دعوى النسب فان رغبت فعليك قوله لانه بمنزلة
المغرور وقد يقال بان المغرور من غيره كمن تزوج امرأة زعمت انها حرة فاذا هي امة والشريك
الثاني هنا مغتر وليس بمغرور لانه وطئها اعتمادا على انها ملكه في الظاهر من غير ان يخبره
احد فيكون مغترا لا مغرورا والموجب لحرية الولد هو الغرور دون الاغترار فان من
تزوج امرأة على ظن انها حرة من غير ان يخبره احد ثم استحقت فالولد رقيق مع انه تزوجها
معتمدا على ان الظاهر في بني آدم هو الحرية وجوابه ان المغرور والمغتر سواء في حرية
الولد بالقيمة لاستوائهما في العلة فان كل واحد منهما لم يرض برق مائه صرح بهذا في الذخيرة
لا ان ولد المغتر انما يكون حرا بالقيمة اذا اعتمد على دليل والمعتمد على ظاهر الحرية ليس
بمعتمد على الدليل اذ الظاهر ليس بدليل للوطء اما الشريك الثاني فقد اعتمد في وطئها على
دليل وهو الملك القائم له فيها فيكون كالمغرور قوله فاما قبل العجز فليس له ان يضمن
الى قوله فلا يتغير نصيب صاحبه لانه مكاتبه قبل ذلك فان قلت بالاعتاق يتقرر حكم الكتابة
حتى لا يحتمل الفسخ وقد كان يحتمله قبل الاعتاق وللتأكيد حكم الابتداء قلت التأكيد لا يربو
على حقيقة الايجاب ولو كاتب احد الشريكين نصيبه لا يضمن لصاحبه شيئا فكذا اذا قرر حكم كتابته
قوله فان دبر لم يبق له اختيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبريا للمعتق عن
الضمان لان نصيبه كان قنا حين اعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان
وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف ما اذا دبر احدهما اولا ثم اعتق الآخر فهناك نصيبه كان
مدبرا حين اعتق المعتق فلا يكون شرط التضمين تملك العين ولهذا اذا غصب مدبرا فمات
او ابق يضمن اما لو غصب قنا ثم دبره المالك يبرئ الغاصب عن الضمان والله اعلم

باب موت المكاتب

قوله ضربت لابكار العذارى عبيت في الربع

وذلك ان غصب القن لم يقع موجبا للضمان بصفة تملك العين ولما دبره لم يتصل الحال التملك الموجب
بصفة لا يستوجبا الا لتملك الصحيح بخلاف غصب المدبر فانه وقع موجبا للضمان بصفة تملك العين فبقي موجبا لذلك

للاظهار ما يدفع به اللوم قوله وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان قلت ذكر ابو يوسف
رح في الامالي انه اذا كانت النجوم متفاوتة فانه يعجز اذا عجز عن نجم واحد ويرد في الرق وان
كانت النجوم مستوية لا يرد في الرق ما لم يتوال عليه نجمان قوله لقول علي رض اذا توالى على
المكاتب نجمان رد في الرق فان قلت التعليق لا يوجب العدم قلت نعم لكن بمعنى انه لا
يوجب بقاءه على العدم بل جاز ان يثبت بدليل يوجبه اما كون المعلق معدوما على خطر الوجود
حالة التعليق فلا بد منه لصحة التعليق لاستحالة تعليق الموجود فيقتضي لان المذكور انتفاء ولاية
الفسخ بمضي نجم عند التعليق ثم لم يوجد دليل يوجبه فينبغي معدوما كما كان وما ذكرنا من
الدليل المعقول فذلك غير مسلم عند ابي يوسف رح على ان الشيخ الامام فخر الاسلام ذكر في بحث
الشرط ان صيغة الشرط لا ينفك عن معناه وهو العدم عند العدم فلو لا لتزمنا ذلك فالتمسك بالتعليق
على عدم المشروعية بدون الشرط ظاهر قوله والاثار متعارضة فان قلت اذا تعارضت الاثار
وجب ان لا يرد في الرق اذا عجز عن نجم واحد لان ولاية الرد لم يكن فلا يثبت عند المعارضة
على ان التوفيق ممكن بان يحمل المروي عن علي رض على ما اذا كانت النجوم متساوية والمروي
عن ابن عمر رضي الله عنه على ما اذا كانت متفاوتة كما ذكر ابو يوسف رح في الامالي اجيب بان ولاية
الفسخ لئن لم يكن ثابتا فلا منع من ثبوته بدليل توجبه وقد وجد الدليل المعقول كما ذكر في الكتاب
ولا مانع من اعتباره سوى اثر علي رض وقد سقط بالمعارضة والتوفيق على نحو ما ذكر ليس باولى
من العكس ثم يشكل بان تعارض الاثار اذا كانت مما يعقل كتعارض الاقيسة وانه لا يوجب التساقط
بل يجب العمل باحدهما بالتحري وكل من الاثرين هنا معقول المعنى حيث ذكرا لدليل المعقول
في جانب قوله واما من زيد بن ثابت اثر الصحابي ليس بحجة عنده اجيب بان فيه
قولين عن الشافعي رح قوله ان جهته اكد من جهة المولى حتى لزم العقد في جانبه لا في جانب
المولى حتى لا يتمكن من فسخه اما في جانب العبد فغير لازم لتمكنه من الفسخ بدون رضا المولى
بالتعجيز كذا في الشرح وذكر في الشاهان والا ينفسخ الكتابة بموت المولى وكذا بموت المكاتب
بل جانب المكاتب اولى بالرعاية لان الكتابة لازمة في حق المكاتب دون المولى وكانه جعل
الضمير في قوله في جانبه للعبد والشارح جعله للمولى ووجهه ظاهر اما وجه المذكور في الشاهان
فلان المراد بلزوم العقد في جانب العبد هو عدم تمكن الغير من فسخه وبهذا المعنى العقد
لازم في حق العبد لان المولى لا يتمكن من فسخه غير لازم في حق المولى لان العبد يتمكن من
الفسخ بالتعجيز ثم ما ذكر من ان حق العبد اكد من حق المولى من حيث ان المولى لا يتمكن من
فسخه بلا رضا او قضاء والعبد يتمكن منه رواية كتاب العتاق ورواية كتاب المكاتب لزم العبد

ايضا لا يتمكن من فسخ الكتابة بالتعجيز بلا قضاء قوله او يستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو
عقد الكتابة كذا في الشرح فان قيل لو اريد بسبب الاداء العقد لاستند الى زمان العقد
وليس كذلك بل الاستناد الى ما قبيل الموت اجيب بانا انما يثبت الاستناد بالضرورة وهي يندفع
بالاستناد الى ما قبيل الموت فلا يستند الى اول العقد ثم انهم اختلفوا فمنهم من قال بانه يعتق
بعد الموت بان يقدر حيا قابلا للعتق ومنهم من قال يعتق في اخر جزء من اجزاء حيوته والى
كلا القولين اشار المصنف رح بهذا الترديد ويرد على الاول انه لو جنى ابن المكاتب من معتقه
بعد موته عن وفاء ثم عقل موالي الام من جنايته يرجعون بما عقلوا على موالي المكاتب بعد
اداء بدل الكتابة فلو كانت الحرية ثابتة بعد الموت مقتصرة لكان ينبغي ان لا يرجعوا بما عقلوا
الى موالي الاب كما لو عقلوا من جنايته قبل موت المكاتب فانهم لا يرجعون هناك على موالي
المكاتب بعد عتقه لعدم استناد الحرية الى ما قبل الجناية فلو لم يكن حرية المكاتب مستندة الى
ما قبل الموت لكان جنايته ابنه من معتقه بعد موته كجنايته قبل موته وهناك لا يرجعون
على موالي الاب فكذا ههنا ويرد على الثاني انه لو ترك المكاتب ولدا ولد في كتابته فمات قريب
الولد قبل اداء بدل الكتابة ثم ادي لا يرث الولد عن قريبه بعد الاداء ولو كانت حرية
المكاتب واولاده ثابتة قبل الموت بالاستناد لكان الولد حرا حال موت القريب فينبغي ان
يرث منه وليس كذلك وكذا لا يرث العبد المولود من الولد الحر ان مات الولد الحر قبل اداء
بدل الكتابة ولو استندت الحرية الى اخر اجزاء الحيوة لورث كلا ان يجاب بان العتق في اخر
اجزاء الحيوة ثابت بالاستناد بطريق الضرورة فلا يظهر في حق قريب الولد المولود وكذا لا يظهر
في حق ولد الولد الحر لان ذلك ليس من حقوق كتابة ابيه فلا يظهر الاستناد في حقه
قوله فان ادي حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد وفي الذخيرة اذا مات المكاتب
عن وفاء وادیت مكاتبته وحكم بحريته في اخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية الولد وام
الولد ايضا في ذلك واذا مات لا عن وفاء وسعى الولد والام في بدل الكتابة على نجوم المكاتب
يحكم بحرية الولد والام ويحكم بحرية المكاتب مقصورا على الحال والحاصل ان في الوفاء يستند العتق
الى اخر اجزاء حيوة المكاتب وفي سعاية الولد المولود في الكتابة لا يستند اليه بل يقتصر على الاداء
وانما جاء الفرق باعتبار انه اذا مات عن وفاء فقد مات لا عن خلف لان المال لا يصلح خلفا والولد
لا يصلح خلفا حال بقاء المال ولهذا لا يبقى النجوم ولا يعطى للميت حكم الحيوة وقت الاداء فتت الضرورة
الى الاستناد واذا مات لا عن وفاء فقد مات عن خلف لان الولد يصلح خلفا عنه حال انعدام المال
ولهذا بقي المال منجما فاعطى للميت حكم الحيوة الى حين الاداء فيعتق للحال تبعا للحي هنا لفظ

المكاتب

وهذا يخالفه لفظ الكتاب من قوله حكمنا بعتق ابيه قبل موته **قوله** والموت ابقى للمالكية

منه للمملوكية **قلت** بل الامر بالعكس الا يرى ان مالكية الزوج يبقى بعد موته حتى يصح ان

يغسل المنكوحة ومملوكية المراة لا يبقى بعد موتها حتى لا يصح ان يغسلها زوجها عندنا وهذا لانه

لا يبقى بعد الموت الا ما يتعلق به حاجته وانه محتاج الى المالكية فيبقى بعد موته حتى يبقيت التركة

على حكم ملكه عند قيام الديون ولهذا نعلم جوازه م ديونه وصحت وصاياه كلها فاما المملوكية فمقهورية

لا يتعلق بها شيء من حاجاته فيجب ان يبطل بعد الموت **قوله** فلا يسري اليه حكم لكونه منفصلا

وقت الكتابة وكان ينبغي ان يباع بعد موته لقولهم المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن

وفاء كذا في الكافي وقد يشكل بان المكاتب اذا مات عن ابن اشتراه في كتابته فادى كابه مكاتبه

بعد موته لا يبطل منه مع ان كلا من كالابن المشترى في ان كلا منهما لم يدخل في كتابته وانما دخل كاتب عليه

تبعا للصلة بدون كالمكاتب والفرق ان الولد المشترى المكاتب فيعتبر كسبه لكسب المكاتب ويجعل كانه

مات عن وفاء المكاتب الاب فلا يمكن ان يعتبر كسبه لكسب المكاتب حتى يجعل كسبه كوفاء بترك المكاتب

والحاجة ماسة الى تصحيح اداء الابن المشترى في الكتابة لحاجته الى نيل شرف الحرية فيعتق باداية

ويصير المكاتب تبعا له في العتق بخلاف ما اذا مات عن ولد حر حيث لا يعتق باداية لانه لا يحتاج

الى تصحيح ادائه لعدم حاجته الى الحرية **فان قلت** ما جوابه عما تمسكا به من ان المولى يملك اعتاق

الابن المشترى ولو لم يكن داخلا في الكتابة لما ملك اعتاقه كما لا يملك اعتاق مكاتب المكاتب **قلنا**

الولد المشترى من حيث انه تابع للمكاتب يشبه الولد المولود من حيث ان الكتابة المسرى اليه يشبه

من يكاتبه المكاتب قصدا فقلنا بصحة اعتاقه من المولى عملا بشبه الولد المولود ولا يثبت الاجل

في حقه عملا لشبه مكاتب المكاتب ولم يعكس لان صحة الاعتاق من لوازم الكتابة والاجل من العوارض

فلو اعتبر كالداخل في كتابة المولى في حق صحة الاجل وانه لا يلزم عقد الكتابة لزمنا ان نعتبر كذلك

في الاعتاق ايضا فلم يتحقق العمل بالشبهين **قوله** انه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل

الاخذ **قلت** هذا يخالف ما ذكره الامام فخر الاسلام علي البزدوي رحمه الله عليه في اصوله لان الصدقة

تقع لله تعالى بابتداء قبض الفقير قربة مطهرة للمزكي عن نجاسة الاثام فيصير من الاوساخ كالماء

المستعمل قال النبي عليه السلام يا بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وعوضكم منها بخمس

الخمس وقد كانت النار تنزل في الامم الماضية فتحرق المتقبل منها لخبثها وصيرورتها من الاوساخ

كالماء المستعمل واحلت لهذه الامة بعد ان يثبت خبثها بشرط الحاجة والضرورة كما يحل الميت بالضرورة

كذا في البزدوي وحواشيه فظهر بهذا النقل ان الخبث يتمكن في نفس الصدقة واليه اشار المصنف رحمه الله

في كتاب الطهارة حيث شبه الماء المستعمل بمال الصدقة فقال هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الكلام

الكلام الظاهر يوجب الحصر الا انه اقيمت قربة فتغيرت صفة كمال الصدقة ثم لفظ هذا اشارة

الى ان الخبث يتمكن في نفس الصدقة لا كما قال ههنا ثم قوله لا خبث في نفس الصدقة الخ يشكل

بما روي ان الفقير اذا اباح للغني لم يحل له التناول فلو لم يكن الخبث في نفس الصدقة لجاز

التناول للغني اذا اباحه للفقير كما جاز للفقير اذا استغنى وابن السبيل اذا وصل الى وطنه فالفرق

بين ما اذا اباح الفقير وبين ما اذا وصل الى وطنه مشكل اللهم الا ان يلتزم جواز التناول للغني

عند اباحة الفقير على هذا الطريق كما هو مختار بعض المشايخ على ما ذكر في الذخيرة وقد رفع

التصريح به في بعض الحواشي وقد ذكرناه في الشهادات وايضا يشكل بالصدقة النافلة فانه يحل للغني

اخذها مع ان اخذها اذلال فلو كانت الحرمة باعتبار الخبث في فعل الاخذ لا ثبوت النافلة والمفروضة

وجوابه ذكر في اول الكتاب فعليك به **قوله** لانه بالعجز عنه يتبدل الملك حتى ان المكاتب لو

اكتسب ملكا او احتطب او احتش المكاتبة نفسها ظئرا لينتقض الاجارة بالعجز لان المولى يملك الكتابة بالعجز

ملكا مبتدا فكان العقد واقعا للمكاتب فلو بقي لبقي للمولى وهذا لا يجوز كما اذا مات المستاجر او

المستاجر ولا ينتقض عند ابي يوسف رحمه الله لان العقد ورد على منافعها ومنافع مملوكة للمولى من وجه

وللمكاتب من وجه لان المكاتب رقيق والرق يبقى في الملك وسبب ملك المولى قائم وهو ملك الرقبة

الا انه يثبت له نوع ملك لحاجته الى الاداء فبالعجز يتقرر ملك المولى فلا يبطل العقد كما لو تقرر

للمكاتب بالعتق **قوله** اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية اشعار بانه لو كان عالما

فالجواب غير هذا ولكن ذكر في الايضاح ما يدل على ان الجواب في الفصلين واحد حيث قال ولو ان

المولى كاتب العبد الجاني وهو يعلم ثم عجز فان كان خوصم قبل ان يعجز فقضى القاضي بالدية

ثم عجز لم يرتفع القضاء لان الموجب قد استحكم فيه باتصال القضاء وان لم يخاصم فيه حتى عجز كان

له ان يدفعه لان الدفع لم يثبت على سبيل الاحكام لاحتمال ارتفاع فوات الدفع بالعجز وروي

عن ابي يوسف رحمه الله انه يصير مختارا بالكتابة لانه تعذر الدفع باعتبار زوال اليد واليد انما

يعود بسبب جديد كذا ذكر الشارح في باب جناية المملوك نقلا عن الايضاح فكان قيد بقوله

ولم يعلم ليكون الجواب على الاتفاق **قوله** بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يحتمل ان

الزوال بحال وقد يقال بل التدبير يحتمل الانفساخ بقضاء القاضي فينبغي ان لا يجب القيمة

فيه قبل القضاء **قوله** لانا نجعله ابراء اقتضاء وتحقيقه ان الاعتاق من الورثة لما تعذر تحقيقه

لعدم الملك لهم في المكاتب وجب ان يجعل مجازا عن التسبب للعتق بلا عوض والتسبب لي بلا عوض

لا يكون الا بابراء عن البدل فقلنا الا براء اقتضاء تصحيحا للتسبب ولا يمكن ان يجعل الاعتاق مجازا

عن الابراء اذ لا ملازمة بين الاعتاق والابراء في اصل الوضع **كتاب الولاء**

نص ايراده بعد الكتابة ليلا يتوهم انتفاء الولاء في المكاتبة باعتبار معنى العوضية اعتبارا واما البيع
قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح احترازا عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق
لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له
ولا اعتاق كذا في الشرح **وفيه نظر** لان الاكثر لا يقولون بالولاء في هذه الصورة نص عليه في
الشاهان حيث ذكر فيه قوله في الصحيح نفي ما قاله بعضهم ان سببه الاعتاق فعندهم اذا ملك قريبه
فعتق عليه لا يثبت الولاء لعدم الاعتاق فالاولى ان يقال في وجه الصحة ان الولاء يضاف اليه يقال
ولاء العتاق لا ولاء الاعتاق والاضافة دليل السببية **قوله** حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان
الولاء له **قلت** ان كان الولاء في صورة الوراثة بالاتفاق كما اشار اليه الشارح كان هذا ابتداء
ودليلا على قوله في الصحيح وان كان على الاختلاف كما ذكر في الشاهان كان تفريعا **قوله**
لانه عتق على معتق الام مقصودا **قلت** فرق هنا بين الولد القائم في بطنها عند اعتاقها والولد
الذي انعلق بعد اعتاقها فجعل الاول معتقا قصدا والثاني تبعا للام بطريق السراية كيلا ينفصل
عن الحرة ولد رقيق وبقي عليه ان الولاء لا يتحول في الاول الى موالي الاب اذا اعتق وفي الثاني
يتحول ولكنه ذكر في كتاب الاعتاق انه ان اعتق حاملا عتق حملها تبعا اذ هو متصل بها هذا لفظه
فقد نص بان الحمل يعتق باعتاق الام تبعا لا مقصودا على خلاف ما نص به هنا انه يعتق مقصودا
حتى لا يتحول ولاؤه ابدا ولو كان عتقه تبعا للام اذا اعتقت وهي حامل لانجر ولاؤه ايضا فهو انه اراد
بما ذكر من قوله عتق حملها تبعا انه لا يحتاج الى اعتاق على حدة ولكن لفظ الكافي ثمة لا يقبل التاويل
حيث قال عند قوله تبعا اذ الصفات الحكمية الثابتة في الامهات تسري الى الاولاد هذا كلامه
وانه صريح بان عتق الحمل باعتاق امه بطريق السراية منها اليه لا مقصودا وهكذا ذكر في الزيادات
في الجواب لما سئل ابي حنيفة في مسئلة ان زكوة الام هل يكون زكوة الجنين حيث قال ويعتق
باعتاقها كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق وسيأتيك ان شاء الله تعالى وجوابه ان الحمل جزء من حيث
انه ينفصل عنها بالمقراض ويتنفس بتنفسها ويتغذى بغذائها ونفس على حدة لانه حي بحيوة نفسه
لا بحيوة الام حتى يجب له دية على حدة فمن حيث انه جزء يعتق باعتاق امه اذا كان في بطنها
عند اعتاقها مقصودا لان اضافة الاعتاق اليها اضافة الى جميع اجزائها ومن حيث انه نفس على
حدة يعتق باعتاقها تبعا بطريق السراية فان قيل بانه يعتق مقصودا فله وجه كما ذكر هنا وان
قيل بانه يعتق تبعا وبطريق السراية كما ذكر في الاعتاق والزيادات فله وجه ايضا ثم كونه مقصودا
بالاعتاق يقتضي ان لا ينجر ولاؤه الى موالي الاب وكونه تبعا يقتضي ان ينجر فقلنا لا ينجر ولا يبطل
ولاء موالي الام بالشك وفي مسئلة الزكوة اخذنا بالاحتياط لان جهة الجزئية يقتضي ان يجعل بزكوة الام

ولو سلم ان الولاء ما [illegible] يثبت لمن عتق عليه [illegible] جعل السبب [illegible] الاعتاق [illegible] [illegible]

وجهة الاصالة يقتضي ان لا يجعل فقلنا لا يجعل احتياطا هذا ولكن لقائل ان يقول في هذا
لو اعتق الاب اولا ثم اعتقت الام وهي حامل وجب ان يكون الولاء لمولى الاب لان جهة كونه مقصودا
بالاعتاق يوجب ان يكون الولاء لمولى الام وجهة كونه تبعا يقتضي ان يكون لمولى الاب والاصل
ان يكون الولاء لمولى الاب لانه كالنسب فلا يتحول عنه بالشك **قوله** فان اعتق الجنين جر الاب
ولاء ابنه عن موالي الام لما ان الاصل ان يكون الولاء لموالي الاب **فان قلت** الجر انما يثبت
عند التيقن بعدم الولد عند الاعتاق ولم يتيقن هنا لانه يجوز ان تلد لاكثر من ستة اشهر
من وقت الاعتاق فلا يثبت الجر بالشك **قلت** الحوادث يضاف الى اقرب الاوقات فيكون الانعلاق
بعد عتق الام فيثبت الجر كذا في الشاهان **وفيه نظر** لان المطلقة الرجعية اذا ولدت لاقل
من سنتين بيوم لا يكون رجعة لانها يحتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل قبل الطلاق
فلا يكون رجعة ولا يثبت الرجعة بالشك ولا يخفى ان العلوق حادث مع ذلك لم يضف الى اقرب
الاوقات وهو ما بعد الطلاق حتى يكون رجعة فلا بد من وجه الفرق ووجه الفرق يخرج مما
ذكرنا في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فعليك به ووجه اخراج الحادث ان كان يضاف
الى اقرب الاوقات فاحتمال حدوثه قبل ذلك ثابت والرجعة لا يثبت مع الاحتمال حيث يتعلق به
الحل والحل لا يثبت مع الشبهة بخلاف الاعتاق مقصودا او تبعا فانه يثبت مع الشبهة فلا منع من
الاضافة الى اقرب الزمان في حقه نعم يشكل بان هذا تمسك بالظاهر لا ثبات الاستحقاق للزوال الحادث
انما يضاف الى اقرب الزمان باعتبار الظاهر والحاجة هنا الى اثبات استحقاق الولاء للاب فالاولى
ان يقال ان الاصل ان يكون الولاء للاب لانه بمنزلة النسب والنسب الى الاباء الا ان اعتاق
الولد مقصودا يمنع الولاء وفيما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر وقع الشك في كونه مقصودا بالاعتاق
فلا يثبت المانع بالشك والموجب للجر وهو عتق الاب قد تحقق فيعمل به **قوله** وبعد الطلاق
الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح **وفيه بحث** لان الاحتراز عن صيرورته
مراجعا بالشك ان كان يمنع الاضافة الى ما بعد الطلاق فلا يوجب الاضافة الى حالة النكاح بل
يكفيه للتردد بين ان يكون العلوق قبل الطلاق او بعده كما اشار اليه المصنف رحمه الله في باب ثبوت
النسب من كتاب الطلاق حيث قال فان جاءت المطلقة الرجعية بالولد لاقل من سنتين بانت
من زوجها لانقضاء العدة ويثبت نسب ولدها لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا
لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك هذا لفظه **قوله** فان
كان للمعتق عصبة من النسب قيد بالنسب احترازا عن العصبة السببية وهو مولى الموالاة فان
المعتق مقدم عليه كذا في شرح الكنز ولا يقال كيف يتصور ان يقدم المعتق على مولى الموالاة للمعتق

وبيانه ان المعتق ليس له ان يوالي احدا لانا نقول جاز ان يكون لرجل مولى العتاق ومولى الموالاة بان تزوج نبطي كافر بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا كان اولادها لموالي الهادون موالي ابيه تقديما لولاء العتاقة على مولى الموالاة على ما مر تقريره في الكتاب قوله بدليل الحديث الثاني قلت وفي قوله عليه السلام كنت انت عصبته ايضا اشارة خفية اليه ولولا كان المناسب ان يقول كنت انت وارثه قوله وتاويله الى تاويل قوله ولم يكن له عصبة فميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض ومن العصوبة كالاب اما اذا كان فله اي فلصاحب فرض ذي حال الباقي بعد فرضه ولا شيء للمعتق لان الاب صاحب فرض ذا حال سوى حال الفرض عصبة فعلى هذا المعنى قوله على ما روينا متصل بقوله فميراثه للمعتق اما المعنى تاويله الى تاويل قوله فميراثه للمعتق بمعنى وكل ميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال واحد كبنت المعتق مثلا اما اذا كان له صاحب فرض ذو حال واحد فله اي فللمعتق الباقي بعد فرضه اي فرض صاحب فرض ذو حال واحد لانه عصبة اي لان المعتق عصبة على ما روينا من قوله عليه السلام ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهذا الوجه اوجه لانه علل قوله فله الباقي بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة الى قوله كنت انت عصبته فهذا ينطق بصحة المعنى الثاني وانما جعله قوله على ما روينا متصلا بقوله فميراثه للمعتق على معنى ان ميراثه ثابت لاجل ما روينا فبعيد جدا ولانه لو كان المعنى اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال الى ذو حال سوى حال الفرض وهو العصوبة لم يحتج الى هذا التاويل اذ لو كان هناك صاحب فرض هو عصبة لا يكون ميراثه للمعتق لانه معلق على عدم العصبة فلا يكون له ميراث عند وجود صاحب فرض هو عصبة لعدم الشرط فكان تعليق الميراث على عدم وجود العصبة مغنيا عن هذا التاويل قوله ليس للنساء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن الخ انما قال ما لان الاناث من العقلاء يجرين مجرى غير العقلاء كذا قيل وفيه نظر لان هذا الوجه انما يستقيم ان لو كان المراد بقوله ما اعتقن النساء وليس كذلك لان الولاء كما يثبت لهن باعتاق الجارية يثبت باعتاق الغلام فيكون المراد به النساء والرجال وغاية ما يقال ان اكثر ما تعتق المراة الجواري اما لانهن لا يملكن في الغالب الا الجواري واما لقوله عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار فيكون الانفع لهن اعتاق الجواري ليكون كل عضو من المعتقة معتقا بكل عضو من المعتقة فلما كان اعتاقهن في النساء اغلب منه في الرجال غلب النساء على الرجال فاستعمل لفظ ما لجريهن مجرى غير العقلاء ثم النكتة اللطيفة في استعمال كلمة ما دون من هو التنبيه على ان الاولى بحال النساء ان يعتقن

من جنسهن وقد حصل هذا التنبيه باستعمال لفظة ما مرة اتى بلفظة من بعد ذلك في قوله او كاتب من كاتبن حريا على الاصل وقيل النكتة في استعمال لفظ ما دون من هي ان الرقيق بمنزلة الميت والميت جماد الحري انه بعد ما اعتق انضف بكلمة من فقال اعتق من اعتقن ولانه صار بالعتق حيا حكما وجاز ان يجعل كلمة ما مصدرية بمعنى الا اعتاقهن اي ولاء اعتاقهن قوله ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة وقد يقال النص الذي تلوناه وهو قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم مطلق عن قيد ان لا يكون عربيا وتقييد الكتاب بالراي غير جائز

كتاب الاكراه

اورده بعد الولاء لما بينهما ان الاكراه والولاء ايضا يثبت حرا من الشرع حتى لو شرط المعتق ان لا ولاء عليه فالشرط باطل والولاء لمن اعتق قوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره اراد بالمرء المكره بكسر الراء وبالغير المكره بفتح الراء والباء في بغيره بمعنى مع اي الاكراه فعل يفعله المرء الى الحامل مع غيره وهو المحمول وهو يخوفه اياه بقتل او ضرب او حبس قوله فينتفي به رضاه اي في الاكراه القاصر او يفسد به اختياره اي في الاكراه الكامل وفي النهايات فينتفي به رضاه اي فيما لا يصير الة كالبيع او يفسد به اختياره اي فيما يصير آلة كالاتلاف والاول اظهر قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضي اي التراضي بالسبب لا بالحكم لانه ليس بشرط لصحة العقد فان البيع بشرط الخيار جائز مع انعدام التراضي في الحكم قوله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة وفيه بحث لان الاكراه يعدم التراضي في السبب والحكم وانعدام التراضي في الحكم يمنع ثبوت الملك كما في البيع بشرط الخيار فانعدامه في السبب والحكم جميعا اولى وايضا السبب انما يفيد الحكم اذا تم بنفسه وهذا السبب لا يتم بدون التراضي فلا يفيد حكمه الا يرى ان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وعلله المصنف بقوله لان تمام هذا السبب بالمراضاة فلا يتم مع الخيار وفيه اشارة الى ما قلنا وجوابه قد ذكرنا في خيار الشرط فلا نعيد ثم يشكل بيع الهازل حيث لا يثبت به الملك عند القبض ايضا قوله فصار كسائر الشروط المفسدة وقد يقال لو كان كسائر الشروط المفسدة لما اخذ التراضي في تعريف البيع كما لم يوجد السلامة عن سائر الشروط وقد اخذ التراضي في تعريفه فسروه بمبادلة المال بالمال بالتراضي قوله وبإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز فيه جواب عن قوله لانه بيع موقوف وحاصله انا سلمنا انه موقوف ولكنه موقوف صحة لا نفاذا وبالاجازة يرتفع المفسد وينقلب جائزا وليس كما ظن ان بالاجازة يرتفع مانع النفاذ فينفذ كبيع الفضولي قوله لان الفساد فيها لحق الشرع الخ قلت هذه النكتة ان كانت لا توجد في بيع المكره حتى توجب انقطاع حق البائع في الاسترداد بتداول الايدي

فالنكتة الثانية التي ذكرها في البيع الفاسد بقوله ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني
مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف موجود قوله اما هاهنا الرد لحق العبد وهما
سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قلت يشكل بما اذا وهب مريض عبدا قيمته مائة درهم
وليس له مال سواه وقبضه الموهوب له ثم مات المريض وله الف درهم على رجل وابى الورثة
تسليم العبد الموهوب فان القاضي يجعل للموهوب له ثلث العبد ويرد الثلثين على الورثة
لان الدين ليس بمال مطلق حتى لا يحنث به من حلف لا مال له وليس بصالح للقسمة فلم يجعل
مالا للميت في حق القسمة فوجب تنفيذ الوصية وتسليم حق الورثة في العين كان ليس معه
غيره فان حل الدين وخرجت الالف وقبضها الوارث ولقيت امر بتسليم العبد كله الى الموهوب
له لان المانع قد زال فزال التوقف ولانه لو لم يكن للميت مال نقضت الهبة في ثلثي
العبد نقضا باتا ولو كان له مال عين يخرج العبد من ثلثه لما صح النقض اصلا فاذا كان له دين
وهو مال من وجه دون وجه فكك النقض للحال فاذا خرج وتعين وجب رد النقض لفساده
فان كانت الورثة باعوا ما صار لهم من العبد ثم خرج الدين لا ينقض بيعهم لان النقض ولو
كان فاسدا افاد لهم ملكا فاسدا عند القبض وعليهم قيمة ذلك كما قيل في البيع الفاسد كذا في
شرح الزيادات ووجه الاشكال ان فساد نقض الهبة لحق العبد مع ذلك يبطل حق الاسترداد
بتداول الايدي الكلم لان يمنع فساد النقض في الحال بل هو يثبت بعد خروج الدين
وبعد خروجه لو كان يظهر فساده مستندا الى وقت النقض فالثابت بالاستناد يظهر فيما
يستقبل لا فيما مضى فلا يظهر في حق بيع قد انقضى قوله حيث يكون باطلا لانه ما ذكرنا ان
ذكر في المبسوط ثم بسبب الاكراه تفسد الهبة ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض
كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد البيع لا يمنع وقوع الملك بالقبض فاذا اعتقها او دبرها
او استولدها فقد لاقى هذه التصرفات منه ملكها فكانت نافذة وعليه ضمان قيمتها قوله
نفذ الكل الى الجواز ونظيره ما ذكر في الجامع الاجير اذا باع المستاجر بغير اذن المستاجر وباع
المشتري منه ثم اجاز المستاجر البيع الثاني نفذ البيع الاول لان التوقف لحقه فاذا اجاز البيع
ظهر ان البيع الاول صدر من المالك فينفذ ويبطل المقتضي السابق عليه وكذا الفضولي اذا
باع وباع المشتري منه ثم وثم فاجاز المالك واحدا منها كذا في الناهات قلت قوله وكذلك
الفضولي محل تامل لما ان الرواية منصوصة ان الغاصب اذا باع المغصوب من آخر ثم
فاجاز المالك واحدا من البيوع فانه ينفذ بالاجازة خاصة لان الغصب لا يزيل ملكه فكل
بيع من هذه البيوع يتوقف على اجازته لصادفته ملكه فبطرت اجازته احد البيوع تمليكا للعين

من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه اما المشتري من المكره كان مالكا فالبيع من كل
مشتري كان دون ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين
اجازته البيع الاول او الاخير فلهذا نفذ البيوع كلها كذا ذكر في الشرح لان يقال المراد بقوله
وكذلك مماثلة النفاذ دون التوافق ويعكس الفضولي الى اخره ومثل هذا التشبيه مشحون
في كتب الفقهاء من المحيط والذخيرة قوله وان اكراه على قتله بقتل غيره لم يسعه ان يقدم
عليه فيقتل بالقتل لانه لو قال المتغلبات لرجل اقطع يد فلان والا لاقتلنك فلا يسعه ان يقطع
يده كذا في شرح الكنز وذكر الامام فخر الاسلام وغيره من ائمة الاصول ان يد غيره ونفسه سواء ولا
يحل له ان يقدم على قطع يد غيره ولو اكره بالقتل لان المكره عليه يده اقوى من نفس المكره
والله اعلم قوله والقصاص على المكره ان كان عمدا سواء كان هذا المكره الامر بالغا عاقلا او
معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الامر كذا في المبسوط قوله فيصير الة للمكره فيما يصلح الة
له والقتل وهو القتل بان يلقيه فان قلت لو كان الامر بمنزلة المباشر في القتل والمامور
الة له وجب ان لا يجب القصاص على الامر اذا كان صبيا او معتوها لان انتقال فعل المكره
اليه لا يكون اقوى من مباشرته بنفسه وفيما باشر الصبي او المعتوه القتل عمدا لا يجب القصاص
عليه على ما يجي وقد ذكر في المبسوط انه يجب القصاص على الصبي اذا امر غيره بالقتل بالاكراه قلت
لما انتقل فعل المامور الى الامر انتقل مع وصفه وهو العقل والبلوغ فصار ذلك بمنزلة جناية
الامر بيد المامور في احكام القتل فلذلك لم يعتبر عقل الامر وبلوغه بخلاف ما اذا باشر الصبي بنفسه
لانه لا واسطة هاهنا احد يوصف بالعقل والبلوغ لينتقل فعله اليه بذلك الوصف فكان ذلك
فعلا حاصلا من الصبي لا غير ولا اعتبار لعمد الصبي في ايجاب القصاص الى هذا اشير في المبسوط
كذا في الشرح قلت وهذا يوجب ان لا يجب القصاص على ~~هذا اشير في المبسوط~~ المكره الامر الكبير
البالغ اذا اكره الصبي على القتل فيقتل والا فلا وجه لانتقال فعل البالغ مع وصف العقل
والبلوغ الى الصبي وعدم انتقال فعل الصبي مع وصف الصبا الى البالغ قوله لان السعاية انما
يجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة فان المستسعى كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير
كما هو مذهبهما لان عندهما لا يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وهاهنا لو وجبت لتعلق
حق المعتق ولا نظير له في الشرع كذا في الشرح وفيه نظر لان المحجور عليه بالسفه اذا اعتق العبد
ويجب السعاية عليه عندهما لتعلق حق المعتق وجوابه انه روي عن محمد انه لا يجب السعاية اذا
اعتق المحجور وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخرا فلنا ان نمنع قوله جاز استحسانا وفي القياس لا يصح
التوكيل كالاكراه على التوكيل بالبيع والشراء وفي الاستحسان يصح اذ التوكيل بالطلاق يعتبر بذلك التي

لان المقصود تحصيل الموكل به والاكراه لا يبطل العتق فكذا لا يبطل التوكيل به والتوكيل بالبيع
يعتبر به والاكراه يفسده فكذا التوكيل به ولان التوكيل بالعتق من حيث المعنى تعليق للعتق بقبول
الوكيل كان الموكل يقول للعبد ان قال لك فلان انت حر فانت حر فيعتبر بصريح التعليق ولو
صح به صح التعليق مع الاكراه فكذا هذا كذا في الشاهان وفيه نظر اما اولا فلان التوكيل بالبيع
يحتمل التعليق بالشرط فانه لو قال اذا جاء راس الشهر فانت وكيلي ببيع هذا العبد صح فلو كان
التوكيل بالبيع معتبرا به لما صح كالبيع واما ثانيا فلان التوكيل بالعتاق يحتمل العزل والرجوع ولو
كان في معنى تعليق العتق بقول الوكيل لما قبله اذ الرجوع عن التعليقات باطل والجواب عن الاول
ان التوكيل بالبيع ان اعتبر بالبيع من حيث ان المقصود منه هو البيع وجب ان يؤثر فيه الاكراه ولا
يصح تعليقه بالشرط كالبيع وان اعتبر ذاته وانه اسقاط وجب ان يصح تعليقه بالشرط ولا يؤثر فيه
الاكراه فقلنا يؤثر فيه الاكراه ويصح تعليقه بالشرط عملا بالوجهين ولم يعكس تعليق الوكالة وعن الثاني
ان التوكيل بالطلاق والعتاق ان كان تعليقا معنى فهو توكيل صورة فلم يؤثر فيه الاكراه نظرا الى
المعنى والصورة ونظرا الى ما وكل فيه ايضا وعمل فيه العزل نظرا الى الصورة وذلك لحاجته الى
العزل فلو لم يعمل عزله لتضرر به قوله والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من
الاسقاطات فيقبل التعليق بالشرط لان تصرف الوكيل في مال الموكل موقوف حقا له فبالتوكيل اسقط
ذلك الحق كذا في الشاهان قلت وهذا اشارة الى ان الاكراه لا يؤثر في التوكيل بالبيع والاكراه ايضا
وقد نص اولا انه اي الاكراه يفسد التوكيل بالبيع وذكر الشارح المحقق عند قوله جاز استحسانا فقال
انما ذكر هذا لان القياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لان الوكالة تبطل مع الهزل فكذا مع الاكراه
وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكنه يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه
والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل هذا لفظه وهو ايضا يشعر بان الاكراه
لا يؤثر في التوكيل بالبيع فما ذكر في الشاهان من ان التوكيل بالبيع يعتبر به والاكراه يفسده فكذا التوكيل
به يحتاج الى مزيد تامل قوله والايلاء لانه اي الرجل لو اكره على ان حلف الى امراته فهو مول لان
الايلاء طلاق مؤجل او يمين في الحال والاكراه لا يمنع واحدا منهما فان تركها اربعة اشهر فبانت
منه ولم يكن دخل بها دفع عليها نصف المهر ولم يرجع على الذي اكرهه لانه كان متمكنا من ان
يقربها في المدة فاذا لم يفعل فهو كالراضي بما لزمه من نصف الصداق وان قربها كان عليه الكفارة
انه به ولانه الذي كفارة يتقرب به فلا يرجع عليه بضمان يحنث به كذا في الشرح وفيه نظر الا انه الا
فلانه لو ابى وهو صحيح فبانت بالايلاء وهو مريض لم يرث لان البينونة تضاف الى الايلاء وهو

وجد في الصحة ولم يقصد الزوج نيابة المرض من مباشرة علته او شرط ثم هو متمكن من ابطال اي
الايلاء بالفيء في المرض لكن يصير به فلم يكن متمكنا مطلقا كذا في الكافية في باب طلاق المريض
وحيث لا يعتبر متمكنا من ابطال الايلاء لاثبات حكم القرار يجب ان لا يعتبر متمكنا منه ايضا لابطال
حق الرجوع على المكره الامر وجوابه لان الزوج يتمكن من دفع الضمان عن نفسه بلا ضرر يلزمه
معنى لانه بالوطء يصير مستوفيا عوض ما يلزمه من الصداق وهو المنافع واللزوم بالعوض كلا لزوم
وضرر لزوم الكفارة ادنى من ضرر لزوم نصف المهر لانه يكون اكثر من كفارة اليمين غالبا وادنى
الضررين بمقابلة الاعلى كالعدم بخلاف المريض فانه يلزمه الكفارة اليمين حيث اليدفع عنه بالتزامها
ضررا على منه كما يندفع واما ثانيا فلان الثابت اذا شهدا بافل من قيمته ثم رجعا ضمنا النقصان
لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب
هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم كذا ذكر في باب الرجوع عن
الشهادة فقد اوجبوا الضمان على الشاهدين في الشهادة على البيع بشرط الخيار للبائع مع تمكنه من
فسخ البيع ولم يوجبوا الضمان على المكره الامر بالايلاء لتمكن المامور من فسخ الايلاء بالفيء والفرق
وجوابه لان البائع ربما لا يتمكن من الفسخ حيث لا يتفق له حضور المشتري واعلامه بالفسخ والفسخ
بالفعل كالمساومة ونحوها ربما لا يتفق ايضا فلا يجعل القدرة البتة بخلاف المولى حيث لا يعجز
عن الفيء ولو باللسان والله اعلم كتاب الحجر قوله يوجب الحجر
في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا لوجود اثارها التي يترتب عليها الاحكام حسا
ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع لان تاثيرها تاثير شرعي بلا واسطة امر
حسي توضيحه ان تاثير الافعال في محالها كتاثير القتل في صيرورة المحل مقتولا وتاثير القطع في صيرورة مقطوعا
وتاثير الاراقة في صيرورته ثابت بالحس والمشاهدة وردها سفسطة فلما تعذر رد اثارها تعذر رد ما يترتب
عليها من ضمان المحال المتاثرة بالافعال فيؤخذ بضمان المحال ضرورة حتى ان ما يترتب على الافعال
لا باعتبار اثارها الحسية بل باعتبار امر شرعي كالجناية في تاثير الزنا لا يترتب عليها ذلك اذا لم يعتبر
الشرع جناية كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر واما الاقوال فتاثيرها كتاثير طلقت في صيرورة المحل
مطلقا وتاثير حررت في صيرورته محررا وتاثير وهبت في صيرورته مملوكا للغير شرعي محض والشرع جعلها
موثرة اذا صدرت عمن له اهلية التصرف فلا يؤثر دونه فالمراد بالافعال الافعال التي يترتب عليها
الاحكام باعتبار اثارها الحسية التي ردها سفسطة وبهذا يسقط ما يرد ان البيع بالتعاطي من الافعال
دون الاقوال مع ان الحجر يؤثر فيه لان ترتب الملك عليه ليس باثاره الحسية بل بجعل الشرع اياه
موجبا للملك فلا يوجبه اذا لم يعتبره الشرع قوله ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو اول

البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقي المنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع
المال عنه **فان قلت** النص وهو قوله تعالي ولا تؤتوا السفهاء اموالكم يوجب المنع مطلقا سواء
بلغ سفيها او بلغ رشيدا ثم صار سفيها فكان التقييد بالمذكور مقابلة النص **قلت** قد قال
بعضهم ان المراد بالسفهاء ههنا الصبيان والمجانين بدليل انه اثبت الولاية للاولياء بقوله
وارزقوهم فيها واكسوهم والسفيه الذي نحن بصدده لا ولاية للولي عليه وقيل المراد به النساء
بدليل اضافة الاموال الي المخاطبين فكان منع المال من السفيه بالتعليل لا بالنص ولو سلم
ان المراد به السفيه المبذر فالسفيه في النص وقع مطلقا فينصرف الي الكامل وهو الذي بلغ سفيها
اما من بلغ رشيدا ثم صار سفيها فهو سفيه من وجه فلا يتناوله المطلق **قوله** لان السفيه في معني
الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا علي نهج كلام العقلاء لاتباع الهوي ومكابرة العقل
وقد يقال قد يكون الهزل لمصلحة صحيحة بان يطعن البيع من زيد فيبايعه الناس تخليصا لمتاعه
من ايدي الظلمة **قوله** وجب لها النصف لان التسمية صحيحة الي مقدار مهر المثل فيجب نصف
مقدار مهر المثل من حيث انه نصف المسمي بتسمية صحيحة لا من حيث انه نصف مهر المثل فلا ينافي قضية
ما مر في النكاح من ان مهر المثل لا يتنصف **قوله** فان مرض واوصي بوصايا في القرب وابواب
الخير جاز ذلك في ثلثه **فان قلت** التدبير وصية مع انه لا ينفذ من ثلثه بل يسعي المدبر في
جميع قيمته علي ما مر **قلت** التدبير وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا في شيء آخر الا يري ان
الرجوع في الوصية يصح دون التدبير كذا في الشاهات عند قوله فيما تقدم سعي في قيمته مدبرا **وفيه نظر**
لان كونه وصية في حق النفاذ بعد الموت يكفي لنفاذه في الثلث لما سيأتيك من الفقه في تنفيذ وصاياه
بعد موته وهو ان الحجر للنظر لئلا يبتلي بالفقر وهذا المعني لا يوجد فيما ينفذ بعد الاستغناء عن
المال فوجب تنفيذه اذا كان **وفيه نظر** لامر آخرته او اكتساب الثناء الحسن بعد موته **قوله** ويحجر
القاضي عند هما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان تعين في التجارات **فان قلت** ينبغي
ان لا يحجر لان النبي عليه السلام ما حجر علي حبان ابن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال
له قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام اثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر **قلت** لما الحق المغفل في
التجارة بالسفيه من حيث انهما متلفان اموالهما فكان الحكم في المغفل ثابتا بدلالة النص اذ السفيه مورد
النص وهو قوله تعالي ولا تؤتوا السفهاء اموالكم واذا كان الحكم فيه بدلالة النص فلا يعارضه الخبر
الواحد كذا في الشاهات **وفيه نظر** اذ الآية مؤولة علي ما ذكرنا فجاز ان يعارضه الخبر بل الجواب ان
المراد بالغفلة هو ان يغبن بحيث لا يهتدي الي دفع الغبن بالتروي فيه وحبان كان يعرف الغبن
بالتروي وان كان لا يعرفه علي فور البيع بدليل انه عليه السلام اثبت له الخيار وفائدته النسخ

٢٩٧

اذا لم يوافق البيع باعتبار وجود الغبن وهذا انما يكون في حق من يعرف الغبن فعلم انه كان
يعرف بالتامل ولان الحجر يسلم في مثله انما هو في حق من لا يعرف الغبن اصلا ولو سلم فلا نسلم ان
الحجر حتم بل القاضي انما يحجر المغفل اذا راي المصلحة فيه اما اذا راي ان التصرف مع الخيار اولي
من الحجر فيخير بلقنه الخيار وذلك ان المطلوب هو دفع ضرر الغبن وربما لا يتيسر ذلك باشتراط
الخيار بان لا يمكن اعلامه فجاز ان يحتج الحجر مع شرع الخيار ليندفع الضرر مرة باشتراط الخيار
ومرة بالحجر ففي ايهما راي القاضي المصلحة فعل **فصل في حد البلوغ** **قوله**
وهذا اقل ما قيل فيه فيبتني الحكم عليه للتيقن به اذ ان بعضهم قالوا اثنان وعشرون وبعضهم
خمس وعشرون وهو قول عمر رضي الله عنه وقال بعض السلف ثماني عشرة سنة وهذا اقل فيما
قالوا فيتعلق الحكم به لانه المتيقن كذا في شرح الاقطع **وفيه بحث** لان وصف الصبي كان
ثابتا بتعين وقد وقع الشك عند تعارض الاثار في زواله والثابت بالتعين لا يزول بالشك فوجب
ان لا يحكم بزوال وصف الصبا الا يري ان الاثار لما تعارضت في خروج وقت الظهر عند بلوغ
ظل كل شيء مثله لم يحكم بالخروج عند ابي حنيفة رضي علي ما مر في كتاب الصلوة ثم هذا تمسك
بتاويل الصحابي وانه ليس بحجة علي ما عرف في اصول الفقه فكانه استدل بتاويله علي انه
اتخذه مذهبا ومذهب الصحابي حجة **باب الحجر بسبب الدين** **قوله** لدفع ضرر
خاص وهو ضرر الدائن **فان قلت** العبد محجور لدفع ضرر خاص وهو ضرر المولي **قلت** العبد
اهدر اهليته وادميته بالكفر كذا في الشاهات **وفيه نظر** لما سيأتيك في المأذون ان العبد
بعد الاذن يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وفيه
تصريح بان اهليته وادميته غير مهدر بالكفر فالاولي ان يقال تصرف العبد انما لا ينفذ لانه يلاقي ملك
المولي ومن شرط النفاذ ان يلاقي التصرف ملكه وعدم النفاذ باعتبار انه لا يلاقي ملك نفسه ليس
من باب اهدار الاهلية **قوله** واذا طلب غرماء المفلس الحجر **فان قلت** الحجر بسبب الدين
يختص بالمال الموجود اما ما يحدث له من الكسب فلا يؤثر فيه الحجر فكيف يكون مفلسا مع وجود
المال وهذا ايضا يرد علي ما قالوا ان القضاء بالحجر لا يستقيم علي قولهما الا بان يقضي عليه بالمال
اولا بالافلاس اولا **قلت** كانه سماه مفلسا باعتبار ان ماله يحيط به حق الغرماء فكانه لا مال له او
معناه انه مفلس عن ما وراء قدر الدين ومعني قولهم ان القضاء بالحجر لا يستقيم الا بان يقضي
عليه اولا بالافلاس ثم بالحجر انه لا بد وان يقضي بانه لا مال له غير ما احاط به الدين ولزم دينه
يتعلق بهذا المال **قوله** ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذ جبرا وذكر في الذخيرة في
الفصل السادس عشر من كتاب الحيل ان الدراهم والدنانير جنسان في حكم الربوا وفيما عداه جعلا

جنسا واحدا استحسانا حتى يكمل نصاب بالآخر والمكره على البيع بالدراهم لو باع بالدنانير او على
العكس كان بيعه مكرها كالوباع بالدراهم وصاحب الدراهم لو ظفر بدنانير من عليه كان له ان
ياخذ ما يجنسه حقه كما لو ظفر بدراهم الا رواية شاذة عن محمد رحمه واذا باع شيئا بالدراهم ثم اشتراه بالدنانير
قبل نقد الثمن او على العكس والثاني اقل قيمة من الاول كان البيع فاسدا استحسانا هذا لفظه
وهكذا ذكره فيه في كتاب الايمان في الفصل الرابع منه الا قوله الا رواية شاذة فما ذكر المصنف رحمه هنا
انما ياتي على الرواية الشاذة عن محمد رحمه ولكن التاييد بالرواية الشاذة ليس كما ينبغي ثم الدراهم
والدنانير اعتبر جنسا واحدا فيما ذكرنا من المسائل وفي الشفعة ايضا حتى لو علم انها بيعت بدراهم
فسلم الشفعة ثم ظهر انها بيعت بدنانير ليس له الشفعة واعتبرا جنسين في الوكالة فان من وكل
بشراء شيء بعينه بدراهم فاشتري بدنانير او بالعكس كان مشتريا لنفسه وفي الشهادة فان احد
الشاهدين اذا شهد بالدراهم والآخر بالدنانير لا يقبل وفي الاجارة فان من استاجر من آخر دارا بالدراهم
واجرها من غيره بدنانير او بالعكس وقيمة الثاني اكثر من الاول يطيب له الزيادة ولا اشكل ان
تعيين جهة الصورة في بعض المسائل وتعيين جهة الثمنية في البعض مما يحتاج الى مزيد تامل
قوله وما حدث فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لا سواء حقوقهم في القوة هذا الذي ذكره فيما اذا اخذ
ارباب الدين فضل كسبه بغير اختيارهم او اخذه القاضي وقسم بينهم بغير اختيارهم واما المديون في صحته
لو آثر احد الغرماء بقضاء الدين فله ذلك قوله لان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصح
للرفع لا للابطال وفيه بحث لان وقوف الشهود على شيء من حيث الظاهر اذا لم يكن طريق
الوقوف سوى الظاهر بمنزلة وقوفهم عليه يقينا الا يرى انهم اذا شهدوا بالملك يثبت الاستحقاق مع ان
الملك في الاشياء لا يعرف الا بطريق الظاهر اذ لا دليل بمعرفة الملك في حق الشاهد سوى الظاهر
وهو اليد بلا منازع لان اقصى ما في الباب ان يعاين اسباب الملك من البيع ونحوه لكنها انما يفيد
الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع مثلا وانما يعرف كونه ملكا باليد بلا منازعة واليد دليل الملك من
حيث الظاهر هكذا ذكروا في فصل ما يتحمله الشاهد والله اعلم قوله ولو دخل داره لا يتبعه هذا
اذا لم يكن لصاحب الدين ما يلقي حاجته من الطعام وموضع الخلاء اذا كان الدخول لاجلهما
اما اذا كان فله ولانه المنع من الدخول في بيته وذكر في الزيادات ان المطلوب اذا اراد ان يدخل
بيته فاما ان ياذن للمدعي في الدخول معه او يجلس معه على باب الدار ولانه لو ترك حتى يدخل
الدار وحده يفوت ما هو المقصود من الملازمة كتاب المأذون قوله
لان الاسقاطات لا يتوقت وفيه بحث لما مر في اول الكفالة ان تاجيل الدين ابراء موقت
وذلك تصريح بتوقت الاسقاط اذ الابراء اسقاط الا ان يقال القياس ان لا يتوقت الاسقاط ولا يعود

الا بسبب حديث غير انا جوزنا التاجيل الذي هو اسقاط حق المطالبة الى وقت بالنص بخلاف القياس
لمساس الحاجة اليه واما ما ذكر في الكافي من ان تاجيل الدين تاخير المطالبة لا الاسقاط
ففيه نظر لما ذكرنا من التصريح في الكفالة ان التاجيل ابراء موقت قوله يصير ماذونا
فان قلت اذا رأى القاضي الصغير او عبده يبيع ويشتري فسكت لا يكون ماذونا له في
مع ان القاضي ان ياذن اليتيم وعبده اجيب بان سكوت المولى انما يجعل اذنا دفعا للضرر عن العامة
فان الناس يستدلون بكونه على كونه ماذونا منه اذ العادة جارية بالمنع اذا لم يكن المولى راضيا
بتصرفه وله ولاية المنع والاذن البتة بخلاف القاضي فانه لا يثبت له الولاية الا عند علم ولي آخر
وقلما يكون ذلك فلا يتيقن الناس بولايته حتى يستدلون بكونه على اذنه فيتضررون وما
قيل في الجواب من ان الاذن من القاضي قضاء والقضاء لا يثبت بالسكوت ففيه ضعف ظاهر
يعرف بالتامل قوله لان كل من رآه يظنه ماذونا فيها لان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف
عبده ينهى عنه ويؤدبه واذا لم ينهه جعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يتضررون
بذلك اطلاقا من فساد يعوضه كذا في الكافي وفيه بحث لان المولى ربما يامره ببيع شيء من املاكه
او يشتري شيئا ويكون هذا استخداما منه الا اذنا كما سياتيك من بعد فجاز ان يكون سكوت المولى
اذا رآه يبيع ويشتري رضا بفعله باعتبار انه امره به لاستخدامه بذلك لا باعتبار انه اذن له في
التجارة حتى يصير ماذونا في التجارات اللهم الا ان يكون المسألة مقيدة بما رآه يبيع ويشتري وقد
قامت القرائن على انه يتصرف بطريق تجارة لا لخدمته قوله فلا يتخصص بنوع دون نوع
فان قلت لو اذن له ان يتزوج امرأة بعينها لم يملك العبد ان يتزوج غيرها بل يتخصص الاذن
بها ولا يتخصص الاذن بالتجارة بما خصه قلت النكاح تصرف مملوك للمولى عليه لانه لا يجوز
الا بولي اما بولاية في نفسه او غيره عليه والرق يخرجه من ان يكون اهلا للولاية على نفسه فكان
نائبا عن المولى في النكاح ولهذا يجبره على النكاح فاما هذا التصرف فغير مملوك للمولى عليه لانه
لا يملك المولى البيع والشرى عليه بدون اختياره فكان الاذن في التجارة اسقاطا لحقه لا انابة وفي
النكاح انابة فلا نسلم لان تصرف النائب على قدر انابة الاصل كذا في الشرح وفيه نظر اما اولا
فلان المولى لو باشر تزويج العبد عند حضرته مع رجل آخر واحد جاز لانتقال كلام المولى الى
العبد فيكون المولى شاهدا آخر فلو كان العبد نائبا عن المولى لما انتقل كلامه الى العبد لان
انتقال كلام المنوب الى النائب غير معهود واما ثانيا فلانه لو لم يكن مالكا للنكاح بل مملوكا فيه ينبغي
ان لا ينفذ نكاحه بعتقه كما لا ينفذ تبرعاته بعد العتق وذكر في الاصول ان الرق لا ينافي
مالكية غير المال وهو النكاح والدم والحيوة الا يرى ان نكاحه منعقد من غير اذن المولى

حتي يشترط الشهود عند النكاح دون الاذن ولهذا لو اعتقه المالك قبل الاجازة ينفذ وانما يتوقف
علي اجازته لان النكاح لم يخرج خاليا عن المعروف ايجابه بدون رضاء المالك اضراره وانما
يملك المولي اجباره علي النكاح لما فيه من تحصين ملكه عن الزنا يملك النكاح كما يملك الدم والحياة
فلا يكون نايبا عن المولي في النكاح كما لا يكون نايبا عنه في امر الدم والحياة الا انه يشكل
عليهم بانه لو كان مالكا للنكاح لما تخصص اذنه بامراته بعينها بل نعم كالاذن في التجارة وغايته ما يمكن
ان يقال ان العبد وان كان يملك النكاح بنفسه ففيه شبهة النيابة من حيث انه لا ينفذ نكاحه
الا باذنه فباعتبار شبهة النيابة قلنا ان عبد المولي امراة لا يجوز نكاح غيرها بدون الاذن احتياطا
قوله ولاب والوصي وذكر في المكاتب ان لهما ولاية تزويج الامة فجاز ان يكون في
المسئلة روايتان او يحمل ما اطلق في المكاتب عن قيد الخلاف علي الخلاف المذكور
ههنا ويكون ما ذكر هنا بيانا لذلك المطلق كذا في بعض الشروح وجاز ان يقال لا مخالفة
فاذكر في المكاتب ان لهما ولاية التزويج كان اراد به تزويج امته من عبد غيره او من
الحر وما ذكرهنا انه علي الخلاف اراد به تزويج امته من عبده فانه لا يجوز عند ابي
حنيفة رح ومحمد رح وروي عن ابي يوسف رح انه جايز فيكون الصبي وعلي هذا الخلاف
الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان في تزويج الامة من عبد غيره والاب
والوصي في تزويجهما من عبده قوله والبدل فيه مقابل بفك الحجر فان قلت لو البدل
فيه مقابل بفك الحجر ابتدا فاما بعد الاداء فيصير مقابلا بالرقبة وينتقل من فك الحجر اليها
كما في الاجارة يكون البدل ابتدا بمقابلة العين ثم ينتقل منها الي المنافع عند تحققها
اجيب بان كونه مقابلا بفك الحجر ابتدا يكفي لخروجها عن كونها تجارة من كل وجه فلا
يتناولها مطلق التجارة ويقال ايضا الكتابة ليس مبادلة في الحقيقة بل هو عقل كدم فلا
يدخل في مطلق التجارة قوله لانه تبرع محض لا ابتدا ولا انتهاء معاوضة انتها فلا
يتناوله ما مر في كتاب الهبة من قوله والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه
وما مر في باب الربوا ان له فراش كالاعارة ابتدا معاوضة انتهاء قوله لا لنزيل
البر من الطعام او يضيف من يطعمه قلت ومحمد رح لم يقدر لذلك مقدارا فيكون العبرة
للعرف فيما يعده التجار سرفا فيما بينهم لا يملك وما لا يعده سرفا ملك بخلاف الصدقة فانه قدر
ذلك بما دون الدرهم فانه قال المكاتب يتصدق بما دون الدرهم لان التصدق بما دون الدرهم
تمكن ويجري التعارف بتجويزه من المولي للعبد فامكن العبد به فاما الاهداء
والاتخاذ الضيافة فلا يتهيا بما دون الدرهم والتاجر يحتاج اليها ففوض التقدير الي

العرف ثم انما يملك الهدية بالماكول من الفاكهة واللحم والخبز لا بالذهب والفضة
والامتعة والحيوانات والحنطة والحبوب لان العرف في اهداء الماكول لا في غيره
كذا في بعض الفتاوي وبهذا علم ان المراد بالطعام المهيا للاكل كالخبز وان البر
من الحديث مما لا يعد سرفا فيما بين التجار قوله ويتعلق الضرر في حقه بدخول
المبيع في ملكه فان قلت ذكر من بعد انه يبدا بالكسب في الاستيفاء فلو كان المبيع الذي
مر من كسب العبد باقيا كيف يباع العبد قلت جاز ان يكون هذا المبيع سوا المبيع الذي
اشتراه العبد وادي ثمنه ثم قبضه المولي ولا دين علي العبد ثم ركبه ديون فيبيع فانه اذا كانت
حال المبيع هكذا لا يرجل المبيع من يد المولي بدين العبد بل يباع اذا لم يكن له كسب كذا
في الشروح ولا يقال دخول المبيع في ملك المولي علي هذا الطريق موهوم فلا يعتبر ان ضرر
المولي في تعلق الدين برقبته ايضا موهوم فقد يلحقه الدين وقد لا يلحق فانعدم هذا الضرر
الموهوم بهذا النفع الموهوم وفي الحاشية فان قلت لا نسلم دخول المبيع في ملكه كيف وملكه
يثبت بعد فراغ العبد عن حاجته ومن حوايجه قضاء الدين ولم يقض قلت لما تعلق
الدين برقبة العبد فرغ المبيع عن حاجته وصار قضاء الدين فيملكه المولي وهذا الفرضا
وفيه نظر لانا سلمنا قوله لما تعلق الدين الخ ولكن الكلام في التعلق فالدين لا يتعلق
بالرقبة ما دام الكسب قوله لانه لو لم يتمكن من الحجر عليه فلا يحصل الكسب مشكل لما يانيك
ان للغرماء حق استسعاء الماذون المديون فلا يتمكن المولي من ابطال هذا الحق بالحجر
فلا يتضرر وجوابه ان حق الاستسعاء وان كان لا يبطل بالحجر فالاذن يبطل بالحجر فلا يتمكن
يتمكن العبد من التجارة بعد حجره ونفع التجارة ابلغ والوصول الي ما يتمكن من قضاء
الدين من المال بالتجارة اوفق منه بالاستسعاء فلو لم يكن اخذ غلة مثله لحجر عليه فيعود فيه
ضرر بالغرماء قوله بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر بالمرافعة الي
الحكام وعرض الحال علي الامام قلت نعم اذا كان الغاصب مقرا او كانت له بينة عادلة
عليه فاما اذا لم يكن وجب ان لا يبقي الاذن كما لا يصح بيع المغصوب من غير الغاصب اذ
ذاك في ظاهر الرواية قوله ولا يتوجه المولي عبده فان قلت انما لا يتوجه لعدم
الفايدة والفايدة هنا موجودة حيث يأخذ المولي الثمن من كسبه بعد ان لم يكن له ذلك قلت
بل انما لا يتوجب لان ذمة العبد ضعيفة لا يقبل الدين في حق المولي لا بعد ان يضم اليه
رقبته وكسبه اليه وضم مالية الرقبة اليها متعذر في حق دين المولي لكون الرقبة مملوكة
له فقطنا لبقاء دينه في ذمة العبد تعلقه بعين من اعيانه كان تعلقه بالرقبة غير النقصان

الزمنة فلم يبق التعليق بالعين لم يبق الدين **قوله** لان يد المحجور غير معتبرة **فان قلت** يشكل ما اذا استودع
عبد رجلا وديعة ثم مات لم يكن لمولاه ان ياخذ الوديعة بل جاز كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار
لما اشترط حضرته بل جعل وجوده وعدمه بمنزلة فعلم ان لبدنه اعتبارا وان كان محجورا **قلت** تلك المسئلة ما ولد ذكرها
في الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد او مال المولى اما اذا علم انه كسب العبد
او مال المولى فللمولى ان ياخذ كذا في الشرح وبشكل بان المصنف قد عمل بمسئلة الوديعة في كتاب المضاربة على ان للعبد
يدا معتبرة حيث قال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح وللعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه
ثلث الربح فهو جايز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى
ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا فاذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية هذا كلامه فلو لم
يكن مسئلة الوديعة دليلا على ان للعبد يدا معتبرة لم يستقم هذا الاستدلال من المصنف الا على ما ذكر في زيادة اذا
لم يكن المودع عالما بانه مال المولى او كسب العبد لم يكن للمولى ان ياخذ من يده يكفي لاثبات ان للعبد المحجور يدا معتبرة
قوله وربيبته قيد اتفاقي بدليل قوله وان لم يكن الدين محيطا بالة نظيره قوله تعالى وربائبكم اللاتي في
حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فتامل **قوله** حتى كان الاعلام التخالص
باداء قيمته تصريح بان للوارث ان يتخلص العين باداء قدر قيمته الى الغريم لا كما ذكر في الفصول ان للوارث
~~الاستخلاص باداء كل الدين التقرير فيه~~ والله اعلم **قوله** حيث لا يجوز اصلا **فان قلت** ينبغي ان
يجوز مع التخيير بين رفع المحاباة وفسخ البيع **اجيب** بما مر في كتاب النكاح من قوله كم من واقع لا يرفع
لان كل احد لا يهتدي الى المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل وهذا هو العذر لابي حنيفة في البيع
مع المولى بالعين **قوله** تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول
حقهم اليهم **فان قلت** حقهم التام المؤخر او الناقص المعجل وقد وصل اليهم الثاني فينبغي ان يردوا البيع لفوات
حقهم في التام المؤخر **قلت** قد رضوا بسقوط حقهم حيث اخذوا الثمن فلا يكون لهم رد البيع كما في الشاهات **وفيه نظر** اما
اولا فلان هذا التاويل على هذا المعنى مستدرك بقوله فلهم ان يردوه اذ معناه لهم ان يخيروا و لهم ان يردوه والاجازة
اما بالتصريح او بالدلالة واخذ الثمن اجازة دلالة فكان مستدركا لا يحتاج اليه واما ثانيا فلانهم لو رضوا بالبيع وفيه محاباة
صح البيع وسقط حقهم فلا فائدة في قوله ولا محاباة في البيع فالوجه ان يقال اراد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع
وصول الثمن وافيا بديونهم كانه قال وان وصل الثمن وافيا بديونهم ليس لهم ان يردوه لان الثمن اذا كان بمثل
القيمة يكون وافيا بالدين غالبا اذ الناس فلا يعاملون بالكثير من مالية الرقبة فكفى بوصول الثمن حال عدم المحاباة عن
وصوله وافيا بديونهم والثمن متى كان وافيا بالديون ووصل اليهم فلا خيار لهم لوصول حقهم اليهم كملا وانما الخيار اذا لم يكن
وافيا او لم يصل وعلى هذا سقط ما ذكر الشارح لتصحيح العبارة ان يقول تاويله اذا باع بثمن يفي بديونهم بل الاولى ما قال بالمعنى الذي
ذكرنا لانه لو قال بهذه العبارة لم يحصل الغرض ايضا لان البيع بثمن وافي يسقط ولاية الرد ما لم يصل الثمن اليهم

كتاب الغصب **قوله** اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك
على وجه يزيل يده حقيقة او حكما لما اذا منع المودع الوديعة عند الطلب او منع الغاصب
ولد المغصوبة عند طلبها لان للمالك ولاية لا استرداد فلما منعه كان مزيلا
ليده تقريبا قال الشارح ذكر مسئلة في اوايل فتاوى قاضي خان يخالفه وكذا
ذكر في الذخيرة وقال رجل غصب عجولا فاستهلكه ويبس لبن امه
قال ابو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الام حيث اوجب نقصان
الام ولئن لم يفعل الغاصب فعلا يزيله يد المالك **قلت** الامر ليس كذلك لان
يضمن بالاتلاف مباشرة او تسبيبا على وجه التعدي كما لو حفر بيرا في
قارعة الطريق فانت فيها شاة وطولنا بالغصب فالضمان لا يستلزم الغصب
وان كان الغصب يستلزمه ووجوب ضمان نقصان الام انما هو بالاتلاف
تسبيبا لا بالغصب فلا مخالفة **قوله** ولابي يوسف رحمه الله انه لما انقطع
الخ قال الشارح تقديم قول ابي يوسف رحمه الله عليه في التعليل اما لان
المختار قوله او لاثبات الاقوال الثلثة بحسب ترتيب الزمان على تلك
الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم
الخصومة فاورد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة **قلت** وفي
الوجه الاول نظر لما عرف من دأب المصنف رحمه الله انه يوخر المختار
وبالتاخير استدل الشارح على الاختيار في غير موضع منها ما قال في ادب
القاضي عند قوله ويكره تلقين الشاهد واستحسنه ابو يوسف رحمه الله حيث
قال تاخير دليل ابي يوسف وتسميته بالاستحسان كل ذلك دليل على
ان المختار عنده قوله ومنها ما ذكر في الوصية في باب الوصية بالسكنى عند
قوله فاذا فصل احد الابجاب فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه
الله وعلى قول محمد رحمه الله الاسمى للموصى بها والولد بينهما حيث قال
ثم تاخير تعليل محمد وذكر وجوابه عما قاسه ابو يوسف رحمه الله واطلاق
الروايات والتعليل على مذهب محمد رحمه الله من غير خلاف احد في
اصول الفقه لشمس الايمة وفخر الاسلام كل ذلك دليل على ان
المعول عليه قول محمد رحمه الله ومنها ما ذكر في الوصية في مسئلة ان
انكار الوصية هل يكون رجوعا ام لا حيث قال فتاخير دليل محمد رحمه

الله يدل على انه اختاره قوله ومنها ما ذكر في كتاب الخنثى عند قوله
قال محمد رحمه الله المال بينهما على الف عشر سهما حيث قال فتقديم قول
محمد رحمه الله مع تاخير دليله يدل على ان المختار عنده قوله ولهذا لو
صبر الى اخره اي لا يجبر على القبول لو اتى الغاصب بالقيمة بعد الانقطاع
ولو كان انتقل اليها بالانقطاع لجبر كما في غير المثلي وكما اذا قضى القاضي
بالقيمة كذا في الشاهان قلت هذا يشير الى انه يجبر على قبول القيمة
في غير المثلي بمجرد الهلاك وذلك خلاف ما ذكره المصنف رحمه الله في
الصلح من ان حق المالك في عين الهالك باق وانما ينتقل الى
القيمة بالقضاء قوله بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل
السبب وقد يقال ذكر قبيل باب التبرع بالصلح ان حق المالك في غصب
الثوب ونحوه في عين الهالك حتى لو كان عبدا وذكر اخذ القيمة
يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان
مقدر بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء وهو نص في باب الحق
في غصب غير المثلي انما ينتقل الى القيمة بالقضاء كما في المثلي اذا
انقطع المثل وقد اشار هنا الى خلاف ذلك الا ان يقال ما اشار
اليه هنا من ان الحق في المثلي انما ينتقل الى القيمة بالقضاء وفي
غير المثلي بمجرد الغصب اراد به نفس وجوب القيمة في المثلي
بالقضاء وفي غير المثلي بنفس الغصب وما ذكر في الصلح من ان الانتقال
في غير المثلي الى القيمة بالقضاء اراد به انقطاع حقه من العين
وتقرره في القيمة ولا شك ان القيمة ان كانت تجب في غير المثلي
بنفس الغصب فالحق انما ينقطع عن العين ويتقرر في القيمة بالقضاء فلا
تنافي لان ما اشار اليه هنا من وجوب القيمة بنفس الغصب لا ينافي
ما صرح به في الصلح من ان لا انتقال بمعنى انقطاع حقه عن العين وتقرره
في القيمة بالقضاء لان وجوب القيمة بنفس الغصب لا ينافي بقاء حقه في
العين وعدم تقرره في القيمة كيف وقد اجمعوا على ان حقه عن العين
لا ينقطع وان كان الموجب الاصلي للغصب هو وجوب القيمة قوله
لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد اي على صاحب اليد

رد

رد ما اخذت حتى ترد والتمسك على وجوب الرد بهذا المعنى ظاهر
وان كان المعنى على صاحب اليد ضمان ما اخذت او قيمته
ما اخذت حتى يرد فالتمسك بناء على ان القيمة انما يجب خلفا
عن العين ووجوب الخلف يستدعي وجوب الاصل اذ الخطاب
يتوجه الى الاصل ثم ينتقل الى الخلف قوله وهو الموجب الاصلي
الى قوله وقيل الموجب الاصلي القيمة ظاهره يشعر بان القول
بان الموجب الاصلي هو رد العين هو قول الاكثر والقول بان الموجب
الاصلي هو القيمة قول البعض على خلاف الاكثر كما يدل على ذلك
لفظ قيل ولكن نص في كتاب الرهن بان اكثر المشايخ على ان
الموجب الاصلي للغصب هو القيمة ورد العين مخلص قوله لانه
قاصر والكامل في رد العين مشكل لان كونه قاصرا وكون الكامل
هو رد العين يقتضي ان يكون الاصل هو رد العين ويكون القيمة
خلفا عنه ولكنه لا يقتضي ان يكون رد العين هو الموجب الاصلي
للغصب كيف ورد العين نقض للغصب وابطال له فيكون منافيا
للغصب والشيء لا يكون سببا لما ينافيه لا يقال انه سبب لوجوب رد
العين والمنافاة انما هي بين الغصب ونفس الرد دون وجوبه لانا
نقول الوجوب غير مطلوب بذاته بل المطلوب منه هو الاداء فما كان
منافيا للاداء كان منافيا للوجوب ايضا قوله وجعل بيعها في الوديعة
اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان
وهو التعدي فلم يمكن التصرف في ملكه فان قلت لو لم يستند ملك
المودع الى ما قبل التصرف لما نفذ بيع المودع من جهته والرواية محفوظة
ان المودع اذا باع وسلم الى المشتري ثم ضمن ينفذ البيع من جهته
قلت قد ذكرنا ان البيع القولي غير نافذ من جهته لان الملك
عند الضمان يثبت من وقت التسليم والبيع سابق عليه بل ينعقد بينهما
بيع بالتعاطي بقبض المشتري فعلم ان ملكه لا يستند الى ما قبل التصرف

لان تصرفه على وجه التعدي من التسليم والملك لا يثبت قبل ذلك قوله لان
الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس مشكل لما ذكر في المضاربة من قوله وان
كان معه الف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء فثلثة
ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مونة
الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال
عينا واحدا ظهر الربح ومن الالف بينهما هذا كلامه وهو تصريح بتبين الربح
في العين الواحد قبل ان يصير المال ناضا قوله اذا هبت الريح في الحنطة
يقال هبت الريح هبوبا تبدلا اولا فالبا للتعدية فكان الصواب هنا ان يقال هنا هبت
الريح بالحنطة مما لا اردت به فكانه تساهل بناء على ان الحروف يستعمل بعضها مكان البعض
فاستعار في الكتاب قوله وفات معظم المقاصد الى بعض المقاصد المطلوبة منها فوكه
بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ فان قلت نعم ولكنه لا يبقى بعد التاريب
والتقطيع سيما اذا ذبحها وسلخها اربها اجيب بانه لما لم يزل اسمها بالذبح والسلخ بقي حق
المالك بعد السلخ وبعد ذلك ليس من منافعها الا الاكل والتاريب وان كان يزيل الاسم فلا يفوت
المنفعة التي كانت فيها للمالك قبل وقوع التاريب عليها فلا يزول حقه عنها بخلاف ما
اذا شواها حيث يفوت به بعض مقاصده المعظمة وهو الطبخ فيزول حقه فصار
كانه غصب المذبوحة المسلوخة ثم اربها وفيه لا يزول حق المالك فكذا لو وقع التاريب وحق
المالك لم ينقطع بعد قوله ومعناه الاصلي الثمنية لانه وضع ليجعل ثمنا بالضرب فكان
الضرب محققا لما وضع له لا مغيرا وليس معناه ان التبر ثمن وضعا وبالضرب
لا يبطل ثمنيته لان اختيار هنا ان التبر لا يصلح راس المال في الشركة والمضاربة
وقد مر في كتاب الشركة ان من جعل التبر ثمنا لا يتعين بالتعيين فهو عنده
يصلح راس المال فيهما انما لا يصلح لذلك عند من جعله سلعة يتعين بالتعيين قوله غير متقومة
مطلقا يعني انها متقومة عند المقابلة بخلاف جنسها غير متقومة عند المقابلة بجنسها وتقومها
ان كان يوجب انقطاع حق المالك فعدم تقومها يوجب ان لا ينقطع فقلنا لا ينقطع بالشك قوله
ومن غصب ساحة فبنى عليها زال عنها ملك مالكها هذا اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة
اما لو كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء فلا يزول ذكره في الذخيرة كذا في
النهاية ولكن تعليل المصنف بقوله ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل
غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة يقتضي ان يزول ملك مالكها وان كانت قيمة الساحة

اكثر لان الغرض لا يهم بجنسه سواء كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة او بالعكس وضرر المالك منجبر
بقيمته في الوجهين ولمصلحة المالك في الساحة صار مستهلكا من وجه كما دفعت الاشارة اليه بقوله وقلت
الوجه من الجانبين وحق الغاصب في البناء قائم من كل وجه فكان حقه احق بالاعتبار فالترجيح بكثرة
القيمة انما يكون عند قيام الحقين الا ترى انه لو غصب حنطة فطحنها يزول عنها ملك مالكها مع ان
قيمة الحنطة اقل من قيمة العين ولكن لما كان حق الغاصب قائما في الصنعة من كل وجه وحق المالك
مستهلكا من وجه اعتبر حق الغاصب قوله واخرابها الخ فان قلت هذا ينافي ما اذا غصب الضافية عليها
فانه يجبر على قلع البناء ولا يزول ملك المالك عن الارض ولا يجب على الغاصب قيمة الارض ولكن
دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة الارض بل فيه اصعاد وينبغي ان يكون كمسئلة الساحة لئلا يبطل
حق الغاصب الا ان قلت لو اوجبنا في مسئلة الارض القيمة على الغاصب لتضرر به اكثر مما يتضرر بنقض
البناء حيث لا يدخل الارض في ملكه لعدم سبب الملك وهو الغصب والاتلاف اما الغصب فلانه لا يتحقق في
العقار واما الاتلاف فلانها بقي بعد البناء كما كان ثم لم يشكل الفرق على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
بين المثلي اذا انقطع وغير المثلي على من يقول بان الموجب الاصلي هو رد العين ورد القيمة مخلص
بان القيمة على قوله انما تجب في المثلي وغير المثلي بعد تحقق العجز عن العين لا بمجرد الغصب كما
لا تجب في المثلي اذا انقطع المثل عند تحقق العجز عن المثل ثم يعتبر في غير المثلي قيمته يوم الغصب
باتفاق الروايات وفي المثلي يعتبر قيمته يوم القضاء او يوم الانقطاع وكان ينبغي على قول الاستوي
الفصلان لان ايجاب القيمة لما كان يجب في غير المثلي بعد العجز عن العين لا بمجرد الغصب
لكن الغصب لما وجد انعقد سببا لوجوب القيمة انما هي الاصل فيه فيعتبر قيمته يوم الغصب اما في
المثلي فلا ينعقد الغصب سببا لوجوب القيمة لما وجد بل ينعقد سببا لوجوب المثل لانه هو المضمون
في المثل لكن عند العجز عنه يصير سببا بطريق الانقلاب فيعتبر قيمته يوم العجز اي يوم السبب
بحق القيمة قوله قال ابو عصمة في اصل المسئلة اي في قوله ومن غصب ثوبا وصبغه احمر الى قوله
بهذا القبيل من انه يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان
كان حكم مسئلة الانصباغ كذلك على ما ذكره بقوله وبيانه هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه كذا في النهاية
فان قلت قوله الا ان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع بيانه
ان يكون هذا الحكم في اصل المسئلة وهي ما اذا غصب ثوبا وصبغه لتجدد الخيار لصاحب الثوب ان يتملك
الثوب الابيض فلا يتعين البيع بالقيمة او يضمن الغاصب قيمة الثوب الابيض فلا يتعين البيع عند امتناعه
عن التملك بالقيمة لجواز ان يضمن الغاصب قيمة الثوب الابيض اجيب بالتزام حذف المعطوف اي وعند
امتناعه بعين رعاية الجانبين في البيع او في تضمين الغاصب قيمة الثوب الابيض فيميل الى ايهما شاء قوله

وبيانه هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اي بيانه خيار البيع في صورة الانصباغ ايضا الات له لمن لا يتملك الصبغ
فيباع الثوب رعاية للجانبين وفي الشافعيات يعني لما قاله ابو عصمة البيانية في لصل المسئلة الان ثمة لصاحب
الثوب ان يتملك الصبغ او لضمن للغاصب ولذلك كان له ذلك لا يتعين البيع عند امتناعه من التملك بالقيمة وفيما
اذا انصبغ ليس له ان يضمن صاحب الصبغ لما انه غير جان فيه يتعين عند امتناعه عن التملك هذا لفظه وهكذا ذكر
في الحاشية الكبير ~~عند امتناعه عن التملك هذا لفظه وهكذا~~ وعلى هذا يكون قوله وبيانه الخ اعتراضا على ابي عصمة
من حيث انه قال في لصل المسئلة ولم يشار بالثوب باعه الخ وهذا البيانية في لصل المسئلة بل في مسئلة الانصباغ
وقيل فيما قاله بيانه في لصل المسئلة ايضا لكن بحذف المعطوف من قوله اي يتعين رعاية الجانبين في البيع او في
يضمن الغاصب قيمة الثوب الابيض وقوله بيانه الخ لبيان ان هذا الحكم وهو خيار البيع ولذا ذكره في اصل
المسئلة فهو بيانه في مسئلة الانصباغ ايضا الان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة فيباع الثوب رعاية للجانبين **قوله**
نعم فلا ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعد يصادف الغرض قلت القضاء بجواز بيع المدبر انما ينفذ لانه يصادف
فصلا مجتهدا فيه لان الان فهي لا يجوز بيعه فينفذ بيعه بعد القضاء بنفاذه كما هو مذهبه ولانه يجوز بيعه في حال
التدبير ويقول بانفساخ التدبير حكما لنفاذ البيع الا شرط له فاذا نفذ القضاء نفذ لما صادفته فصلا مجتهدا فيه
وجب ان ينفسخ المدبر حكما للبيع لا شرطا له فيكون البيع حقا للمدبر دون الغرض تعرف بالتامل **قوله**
ولهذا يتكرر بتعددها اي بتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان باخراج الصيد عن الحرم ثم
ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله ويحتمل
ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه
ادخل في رواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب
الى يد المالك وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى يد المالك كما غصب لا يجب الضمان ولكن يتكرر وجوب
الرد بتكرر الغصب فكذا ههنا كذا في الشروح الخ انه بهذا المعنى لا يصح قوله ولهذا يتكرر بتكرره بابتدائه لقوله
فهو ضمان جناية اذ التكرر بهذا المعنى متحقق في الغصب وليس فيه ضمان الجناية بل ضمان المحل
وقد يقال المراد بالتكرر التعدد اي ولهذا يتعدد الضمان بتعدد الجناية فانه لو اشترك المحرمان في قتل
صيد الحرم يجب على كل واحد ضمان كامل ولو كان ضمان المحل لوجب على كل نصف الضمان وفيه
نظر اذ الكلام في الجناية على طبيعة الحرم وضمان صيد الحرم يجب ضمان المحل دون الفعل حتى لو اشترك
حلالان في قتل صيد الحرم يجب جزاء واحد وانما يجب على كل من المحرمين ثمة تمام القيمة اذا اشتركا في
قتل صيد الحرم باعتبار الجناية في الاحرام لا باعتبار الجناية على صيد الحرم حتى لو اشتركا في صيد
الحل يجب الضمان على كل بتمامه ايضا الا ان لما اوجبنا عليهما ضمان الاحرام سقط عنهما ضمان الجناية
على صيد الحرم لان الضمان على المحرم ان كان يجب بالجناية في الاحرام من حيث ان الله تعالى

سماه كفارة فهو ضمان المحل من حيث انه اعتبر المماثلة فيه فلو اوجبنا ضمانين آخرين باعتبار الحرم لكان تكرار ضمان المحل
من وجه وانه غير مشروع ولان حرمة الاحرام اقوى من حرمة الحرم على ما عرف فلم يعتبر لمقابلة **قوله**
بخروج الثانية لان الولادة ليست بسبب لموت الام فان **قلت** ذكر بعد هذا ان الولادة
سبب للموت حيث قال والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة وقال وله غصبها
وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فقد اشار فيه الى ان سبب الموت عنده هو الحبل
ولانه لا يفضي اليه غالبا **قلت** لا شك ان الولادة ليست بسبب للموت وضعا حيث لا يفضي
اليه غالبا ولكنها لما كانت بالولادة فقد افضت الى الموت ثانيا السببية اولا نظرا الى الوضع
وعدم افضائها اليه غالبا ولكنها ثانيا نظرا الى انها افضت الى الموت فكانت سببا من وجه دون وجه فقلنا
بان النقصان الحاصل بالموت لا ينجبر بالولد لان من شرطه اتحاد السبب وفيه شبهة الخفاء
لو اعتبرت سببا للموت كان السبب متحدا فينجبر النقصان بهذه الزيادة والاثم بجزء فلا ينجبر
النقصان والنقصان ثبت بيقين فلا يسقط لاعتبار لا بالشك وفيما اذا غصب جارية فزنى بها
فحبلت ثم ردت فماتت في يد المالك يضمن قيمة الجارية عند ابي حنيفة لان الموجب هو الولادة
كما اخذ وقد وقع الشك فيه اذ المخلوق من حيث انه ليس بسبب للموت وضعا يكون مقدرا
كما اخذ ومن حيث انه افضى الى الموت كان سببا فلا يكون ردا للجارية كما اخذ والرد
كما اخذ لم يكن فلا يثبت بالشك وكذا الضمان قد وجب على الغاصب فلا يسقط بالشك **قوله**
والخصي الح يعد زيادة في الآدمية الخصاء انما يتحقق برغبة عامة الناس وهي ليست بموجودة عند
العامة انما هي رغبة بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم وهذا مشكل لما ذكر في الكافي
في كفارة الظهار حيث قال ويجوز الخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين وقال في الايجوز
لفوات جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية ولنا ان منفعة السمع باقية فلا يصير الرقبة به
مستهلكة وانما الفائت به كمال وزينة وصار كفوات شعر الحاجبين واللحية والجب والخصي
يزيد ان في المالية وهو المقصود في التكفير هذا كلامه وجه الاشكال ظاهر **قوله** ولا اتحاد في
السبب فيما وراء ذلك من المسائل **فان قلت** اتحاد السبب ليس بشرط لاعتبار النقصان
لا يرى ان نقصان الهزال وسقوط السن ينجبر بالسبب بالثمن والبنات مع ان السبب مختلف
اجيب بان اتحاد السبب انما يشترط اذا لم يكن الزائد من اجزاء المنقوص كالولد لما اذا كان
من اجزائه ويناوله في الحاجة الى اتحاد السبب بل الجزء يكفي للاتحاد سواء كان السبب متحدا
او مختلفا **فان قلت** الصوف والقوائم من اجزاء الغنم والشجر مع ان النقصان لا ينجبر بهما اجيب بان
الصوف والقوائم يلحق للغصب كالعين المنفصل من حيث ان لهما قيمة بانفرادهما ورد الغصب

كتاب الشفعة

عليها مقصودا فصار كالولد فيعتبر اخير السبب وهو ليس بمتعلق كان المناسب ان يذكر الشفعة
مع كتاب البيوع لان للبيع شرط او سببه ذلك ذكره مع الغصب بجامع لزان في كل منهما يملك
الانسان مال غيره بغير رضاه للبقاء الغاصب لا يتملك الا اذا اختار المالك التضمين حتى لو ترك
كان الكفن عليه الا ان الغاصب قد يتملك بغير رضاء اذ الخير عنده على ان يملك الغاصب لئن كان
يتوقف على رضا المالك واختياره للضمان فتملك المالك على الغاصب الضمان لا يتوقف على
رضاه والله اعلم ~~الشفعة~~ **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار ليس
لتخصيص هذا لانه قايل لانه كما لا يقول بالشفعة بالجوار لا يقول بها بالشركة في الحقوق
ايضا وكذا لا يقول بها فيما لا يحتمل القسمة ايضا كالبئر والنهر كذا في الشرح قلت كانه اراد
بالجوار اعم من ان يكون الجوار من الشركة في الحقوق او لان الشريك في الحقوق ايضا جار مع انه
عليه السلام جار الدار احق بالدار والمراد به الشريك في الطريق بدليل آخره وهو قوله اذا كان
كان طريقهما واحدا وانما لا يحتمل القسمة عنده فيه بالقياس على الجوار والشركة في الحقوق
بجامع انتفاء ضرر مونة القسمة فيهما وهو الموجب لاستحقاق الشفعة عنده فينبغي بانتفائها فلما كان
انتفاء الاستحقاق في الجوار والشركة في الحقوق اصلا يحكم انه ثابت بالنص وهو قوله عليه السلام
الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وكان انتفاوه فيما لا يحتمل القسمة بالقياس
عليه اكتفى عن ذكر الفرع بذكر الاصل **قوله** لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم اي في بقعة
مشتركة لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة اي فاذا وقعت القسمة فلا شفعة
فقوله وقعت الحدود وصرفت الطرق كناية عن وقوع القسمة لانه خرج لمقابلة قوله فيما لم يقسم
يجوز ان يسقط ما يرد ان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق يدل على تحقق الشفعة اذا
قسمت الدار من غير صرف الطرق بقايه على ان التعليق بالشرط يوجب العدم عند العدم عند الشافعي
وذلك خلاف مذهبه فانه لا يقول بالشفعة بعد وقوع القسمة وان لم يكن الطرق مصروفة **قوله**
ولنا ما روينا وفيما روى بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه
وما روي في بعض الروايات انما الشفعة فيما لم يقسم فنقول انما قد يقتضي تاكيد المذكور وآخر
الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت
فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة الى هذا اشير في الكافي **فان قلت** التخصيص لئن كان
لا يقتضي نفي الحكم عما عداه فتعريف المبتدا بلام الجنس يفيد حصره على الخبر **اجيب** انه قد لا يفيد
للحصر فيحمل على انه ليس للحصر هنا بدليل آخر لا يدل على ثبوت الشفعة بالجوار فلم يبق هنا الا
التخصيص وانه لا يفيد للنفي **قوله** ان التسبب تقرر في حق الكل قلت نعم ولكن الاسباب مختلف

في القوة والضعف على ما مر والتاثير الضعيف مع وجود القوي **قوله** وكذا الجار في بقية الدار
في اصح الروايتين عن ابي يوسف والرواية الاخرى ان الجار في بقية الدار اولى كذا في الشاهان
وكانه اراد ان الجار اولى من هذا الشريك من حيث هو شريك يعني لا عبرة لجهة الشركة في حق بقية
الدار بل المعتبر في حقها هو الجوار وكلاهما الشريك من حيث الجوار مع الجار سواء فقد ذكره
الشارح واما الرواية الاخرى فهو والجار سواء ذكره في الذخيرة والمغني وذكر القدوري ان الشريك
في الارض التي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد واحدى الروايتين عن
ابي يوسف رح ويكون مقدما على الجار في كل المبيع وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف رح انه يستحق الشفعة
في الحائط بحكم الشركة وفي بقية الدار بحكم الجوار فيكون مع جار آخر بينهما هذا لفظه والله اعلم **قوله**
الى قضاء القاضي **فان قلت** القاضي بالشفعة للحاضر نقض الملك المشتري فاذا لم يكن بمنزلة
الاقالة وفيها الشفعة فيأخذ الغائب النصف بالبيع الاول والنصف الاخر بهذا التسليم **اجيب** بان
التسليم وان كان كابتداء البيع من المشتري فهو في الصورة تسليم للبيع الاول وتقييد له والقاضي قد قطع
حق الغائب عن النصف الذي قضى به للحاضر بالنسبة الى البيع الاول فيكون ذلك شبهة في قطع
حقه عن ذلك النصف بالنسبة الى التسليم لانه بناء عليه وتقييد له صورة وحق الشفعة حق ضعيف فيبطل
بشبهة القضاء بالقطع كما يبطل بحقيقته **قوله** وتجب الشفعة بعقد البيع معناه بعده لا انه هو السبب لان سببها
الاتصال على ما بيناه وهذا التاويل الذي ذكره والتعليل الذي علل به مخالف لروايات الكتب من المبسوط
والذخيرة والمغني وغيرها وقد ذكرنا فساد قول من يقول بان سببها الاتصال ~~لبطلب لوجود~~
التسليم لا غير لما انه لو سلم الشفعة قبل البيع لا يبطل الشفعة ولو كان سببها الاتصال لبطل لوجود
التسليم بعد التسبب ولا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط
الدين المؤجل قبل حلول الاجل وقد ذكر في المبسوط انه لو سلم الشفعة قبل الشري كان باطلا لان وجوب
حقه بالشري والاسقاط قبل وجود سبب الوجوب لغو كالابراء عن الثمن قبل البيع هذا لفظه فهذا يقتضي
ان يكون الشري كل السبب فلا اقل ان يكون جزء السبب كما ذكره في الذخيرة والمغني اما الغاء عن
السببية اصلا فلا كذا في الشرح ويمكن ان يجاب عما ذكر من وجه الفساد للقول بسببية الاتصال فقط بان
الاتصال ليس بسبب في ذاته بل لدفع التاذي بسوء مجاورة الجار والحادث كما مر ودفع الضرر انما يكون عند خوفه
ولا يلحقه الا بعد الانتقال الملك الى المشتري فلا يكون الاتصال سببا الا بعد البيع ضرورة لزم المعنى
الذي يوجب السببية لم يتحقق الا بعد البيع مقتصرا فيقتصر السببية الثابتة به ايضا فلو سلم الشفعة
قبل البيع يكون تسليما قبل وجود السبب لا محالة فيبطل ثم جعل الاتصال سببا اولى من جعل البيع سببا اذ لا
تاثير للبيع في اثبات حق الشفعة لانه مشروع لدفع زيادة المضار والضرر لا يتحقق الا بالاتصال فيثبت الشفعة

بدفعاً للضرر اما البيع فلا يثبت به للضرر حتى يثبت الشفعة به دفعاً لذلك الضرر **قوله** وتستقر
بالاشهاد لا يكفي لتحقق هذا الحق بل لا بد من طلب المواثبة ايضاً وانما يشترط الطلبان اعني طلب المواثبة
وطلب الاشهاد وهو الطلب عند الخصم او العقار مقروناً بالاشهاد على ما يجي تفسيره بعد لانه حق ضعيف
كحلّ العقال كما نطق به الحديث فيبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب اي طلب الاشهاد وطلب
المواثبة لان الاعراض عن احد الطلبين يورث شبهة الاعراض عن حق الشفعة فيشترط الطلبان ليعلم
رغبته فيه فقوله ليعلم دليل على اشتراط الطلبين وقوله ولانه محتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
دليل على اشتراط الاشهاد وتحقيق هذا الدليل سيأتيك ان شاء الله تعالى ثم هذا التعليل يقتضي ان يشترط
الاشهاد في طلب المواثبة لكن عذره سنذكر ان شاء الله تعالى **قوله** والعدالة غير معتبرة في الخصوم
وذلك ان اخبار الخصم بما يصير به خصماً ويثبت به حق الخصومة لصاحبه اقرار على نفسه بثبوت حق
الخصومة لصاحبه عليه والعدالة في المقر ليس بشرط لانعدام التهمة نعم اخبار المشتري هنا يلزم على الشفيع
كاخبار الاجنبي حيث يلزمه ضرر سقوط الجواز على تقدير السكوت عن الطلب كما في الصورة اخبار
الاجنبي لا لان اخبار المشتري يلزم عليه لانه اقرار على نفسه فيجب قبوله ومن ضرورة قبوله لكونه ملزماً
عليه يثبت الالزام على الشفيع ايضاً ومثل هذا البعد من باب الالزام كما في الاخبار بهلاك رمضان
فان الاخبار هناك لما كان ملزماً على المخبر قبل خبره عدلاً كان او غيره وان كان خبره ملزماً على الغير
الغير ايضاً **قوله** طلب التقرير والاشهاد محتاج اليه للاثبات عند القاضي وتحقيق هذا المقام ان طلب المواثبة
ثم الطلب دليل الاعراض عن حق الشفعة وانه حق ضعيف كحل العقال على ما نطق به الحديث فيبطل
بدلالة الاعراض ثم القياس ان يشترط الاشهاد على الطلبين ايضاً لان الاعراض عن الاشهاد على الطلب
الذي يتمكن من اثبات هذا الحق يجب ان يبطل بالاعراض عن الاشهاد سواء اعرض عن الاشهاد على
الطلب الاول او الثاني لما فيه من شبهة الاعراض عن الشفعة غير انا استحسنا فقلنا بان الاشهاد على
طلب المواثبة ليس بشرط لانه يكون على فور العلم بالشراء والشفيع انما يتمكن من الاشهاد عليه على
فوره والمانع من اشتراط على الطلب عند الخصم او الدار فيكون شرطاً فاذا تركه مع القدرة بطلت
الشفعة اذا عرف هذا جئنا الى تعليل الكتاب ونرده الى ما ذكرنا فنقول قوله لانه محتاج اليه
للاثبات عند القاضي معناه لانه محتاج الى الاشهاد على الطلب فيكون تركه مع القدرة عليه دليل الاعراض
فيشترط لبقاء حق الشفعة كاصل الطلب وقوله لا يمكنه جواب ما يقال فينبغي ان يشترط الاشهاد على طلب
المواثبة ايضاً لانه محتاج الى الاثبات عند القاضي فكان الاعراض عن الاشهاد عليه اعراضاً عن هذا الحق فاجاب
بان القياس كذلك الا انا استحسنا في طلب المواثبة لانه لا يمكنه الاشهاد عليه ظاهراً لانه على فور العلم بالشراء
فيشترط بعد ذلك اي بعد تعذر اشتراط الاشهاد في طلب المواثبة طلب الاشهاد اي الطلب عند

الخصم او الدار فيكون شرطاً فاذا تركه مع القدرة بطلت الشفعة او الجنب العقار مقروناً بالاشهاد لانعدام
المانع عن اشتراط الاشهاد في هذا الطلب وبهذا يسقط ما يتوهم هنا من الاعتراضات يعرف بالتامل نعم لقائل ان
يقول شرط الاشهاد في طلب المواثبة انما يقتضي الى تضييق الحال على الشفيع اذا شرط مطلقاً اما اذا شرط
بشرط القدرة عليه فلا فقوله على البائع لا يعرف له وجه سوى ان الطلب يستدعي المطلوب والمطلوب منه ولكن
لو كان وجهه ذلك لم يكن الاكتفاء بحضرة المبيع وجه فكانه ثبت بالاجماع على خلاف القياس **قوله**
الا باسقاط وهو التصريح بلسانه **قلت** لا لاذا كان فيه ضرر عام فح يكتفي بالسكوت كالمولى يرى عبده يبيع
ويشتري ويسكت حيث يكون ذلك اذناً وان لم يوجد التصريح بلسانه **قوله** ولا فرق في حق المشتري بين
الحضر والسفر لخفي ثبت حق الشفعة للشفيع سواء كان حضرياً او سفرياً والمعنى الذي ذكر محمد رحمه
الله يقتضي ان لا يكون له الشفعة اذا كان سفرياً دفعاً للضرر عن المشتري **قوله** ويسأل القاضي المدعي
قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه يدعي حقاً فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها صرح
في الصلح انه الحق للشفيع في المال حتى البيع الصلح عنه وذكر هنا انه ادعى حقاً فيها وبينهما وقوع منافرة
ثم هنا يشير الى ان ذكر موضع الدار من المصر والمحلة والسكة شرط في دعوى العقار وذكر في كتاب
الدعوى ما يشير الى انه ليس بشرط حيث قال وان ادعى عقاراً حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وما ذكر هنا يوافق
ما ذكره الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر محمد بن احمد بن محمد السمرقندي حيث قال اذا وقعت الدعوى في العقار
لا بد من ذكر البلدة التي فيها العقار ثم من ذكر المحلة ثم السكة الى آخر ما ذكر في الفصول الاستروشنية **قوله**
وذكر في الفتاوى خالد هذه الدار التي يشفع بها ايضاً لان الشفيع يحتاج الى اثبات ملكه في هذه
الدار ولا يمكنه ذلك الا بتعريفه وذلك بالتحديد فتحدد ايضاً **قوله** لاختلاف اسبابها في القوة
والضعف فربما يطلب الشفعة بالجوار مع وجود الشريك ولا شفعة فيه مع الشريك وبهذا يندفع ما يقال
دعوى الملك صحيحة وان لم يبين السبب مع اختلاف اسبابه فتأمل قوله لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه
هذا التعليل انما يتاتى على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانهما جعلا النكول اقراراً فيصح الاستحلاف عندهما
في كل حق لو اقر به لزمه واما عند ابي حنيفة رح فالنكول بذل فيعلل على اصله بانه حق لو بذل به صح بذله
فيستحلف فيقضي بنكوله على انه بذل **قوله** فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق هذه
الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب الدعوى
~~وذكرنا الاختلاف فيه بتوفيق الله تعالى ردد بين التحليف على الحاصل والاول على السبب وقد استوفيناه~~
~~الكلام فيه في كتاب الدعوى~~ وذكرنا الاختلاف فيه بتوفيق الله تعالى ردد بين التحليف على الحاصل والسبب
وهو كانه محمول على ما اذا كانت الدعوى في الشفعة بالشركة فيما يحتمل القسمة لانه لو كان في الشفعة بالجوار
او بالشركة في الحقوق او بالشركة فيما لا يحتمل القسمة يجب ان يحلف على السبب دون الحاصل لان في

استحقاق الشفعة بالجوار او بالشركة فيما لا يحتمل القسمة او بالشركة في الحقوق لاختلاف العلماء فاذا نفى
رح القول بالشفعة الا في الشركة في عين يحتمل القسمة فلو حلفناه على الحاصل لكان يتناول قول من يرى
الشفعة بالجوار فيحنث في يمينه فيتضرر المدعي وقد مر في الدعوى انه اذا كان في التحليف على الحاصل
ترك النظر في جانب المدعي يحلف على السبب بالاجماع فلا يكون لهذا الترديد معنى لو نفى الا دار بالتحليف
على الحاصل هنا ان يحلف بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره على قول من يرى الشفعة
به فقد ذكر في بعض الكتب لو ادعى شفعة بالجوار قبل رجل لا يرى الشفعة به وقال الشفعة يحلف بالله ما
قبلك شفعة في هذه الدار لانه يحلف بناء على مذهبه فيفوت حق المدعي **قوله** وينفذ القضاء عند
محمد رح ايضا لانه فصل مجتهد فيه لما ان عند محمد رحمه الله البطالات لا الاشتراط انما يجيء على مذهبه لانه لا
يجوز القضاء عنده حتى يحضر الشفيع الثمن فقال وينفذ عند محمد رح ايضا لانه فصل مجتهد فيه كذا في
الشاهان **واعترض** عليه بان القضاء لما كان لا يجوز عنده حتى يحضر الشفيع الثمن كان نفس القضاء
مجتهدا فيه ونفس القضاء اذا كان مجتهدا فيه لا ينفذ بالاجماع الا اذا حكم قاض آخر بنفاذه كالقضاء
بالحجر على السفيه لما كان مجتهدا فيه لا ينفذ بالاجماع الا اذا امضاه قاض آخر **وقد اجيب** عنه بانه رح
الخلاف في نفاذ القضاء على تقدير وجوده بل في وجوب التوقف في القضاء ومن الجائز ان يجب التوقف في
القضاء ولكن لا يجوز القضاء به لوجوب التوقف في خبره بالنص وفيه نظر لان المصنف رحمه الله
في نفاذ القضاء عند محمد رح على انه صادف فصلا مجتهدا فيه ولو كان الاختلاف في وجوب التوقف
وحال الثمن قائم على القضاء لم يكن للتعليل المذكور معنى لانهم لو كانوا متفقين على وجوب التوقف
في القضاء مع اتفاقهم على نفاذه لو قضى لكان نافذا عند محمد رح ايضا لان حال الثمن قائم على القضاء ليس
بشرط لصحة القضاء وبعد ذلك لا يكون للاختلاف المذكور تاثير في النفاذ الا ان يقال الاختلاف
المذكور كان لا يوثر في ثبوت النفاذ فهو يوثر في ثبوته بالطريق الاولى بمعنى انهم لو كانوا
متفقين على وجوب التوقف لكان نافذا فلان ينفذ وهو مجتهد فيه اولى ثم يقول القضاء المجتهد
فيه هو ان يكون الاختلاف في نفس القضاء كما هو في القضاء المحدود في القذف وقضاء الرجل لامرأته
واما القضاء في فصل مجتهد فيه فان يكون الاختلاف في مسألة اخرى غير نفاذ القضاء ثم يقضي القاضي باحد
القولين كالقضاء على الغائب فانهم اختلفوا ان البينة هل يكون حجة بغير خصم حاضر ام لا فاذا
راها القاضي حجة وقضى بها كان قضاء في فصل مجتهد فيه وكالقضاء بشهادة رجل وامرأتين في باب
النكاح فانهم اختلفوا في ان شهادتهن هل هي حجة وكذا شهادة المحدود في باب الحدود والقصاص فاذا راها
القاضي حجة وقضى بها كان قضاء في فصل مجتهد فيه والقضاء في مسألة الشفعة قضاء في مسألة مختلف فيها
وهي ان المخارجة بدون احضار الثمن هل هي صحيحة فاذا راها القاضي صحيحة وقضى بها كان

على قول من يرى الشفعة بالجوار والحلف بالله ما لهما قبلك شفعة في هذه الدار

ولكن لو قضى ينفذ قضاؤه كالقضاء بشهادة الفاسق ينفذ صح

المحدود في القذف اذا شهد

قضاء في فصل مجتهد فيه ~~وكالقضاء بشهادة رجل وامرأتين في باب القضاء فانهم اختلفوا في ان شهادتهن~~
~~المحدود هل هي حجة~~ وكذا القضاء مجتهدا فيه فينفذ بالاجماع والله اعلم **قوله** ثم وجه هذا الفسخ المذكور
لم ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ~~القائل قبض المشتري بالاخذ بالشفعة~~ يعني لما اخذ الشفيع الدار
بالشفعة بفسخ القاضي البيع الذي ~~بين البايع~~ من كل وجه في حق البايع والمشتري صار كان البيع
لم يكن فيبطل الشفعة ايضا لانه انما يجب بالبيع والى هذا اشار بقوله الا انه يبقى اصل البيع
لتعذر الانفساخ لان للشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة اليه كذا في الشرح ويشكل بان
انتقاض البيع من كل وجه لا يوجب بطلان حق الشفعة الا يرى ان البايع والمشتري اذا
اختلفا في قدر الثمن والبايع يدعي الاكثر تحالفا يفسخ القاضي البيع وياخذه الشفيع والفسخ بالتحالف
فسخ في حق البايع والمشتري مع انه لا يوجب بطلان حق الشفيع وكذا لو باع عقارا بعبد فمات
العبد قبل القبض انتقض البيع وللشفيع ان ياخذ العقار بقيمة العبد مع ان البيع ينفسخ
بهلاك المعقود عليه قبل التسليم من كل وجه فعلم ان انفساخ العقد من كل وجه لا ينافي ثبوت
حق الشفعة والجواب عن الاول ان العقد بالتحالف ان كان ينفسخ في حقهما فلا انفساخ يكون
بطلبهما او طلب احدهما فلا يبطل في حق الشفيع كما لو اقاله ودهنا قد الفسخ العقد في حق المشتري
رعاية لحق الشفيع فلو انفسخ في حق البايع لرعاية حقه ظهر الفسخ بينهما في حق الشفيع فيبطل
حق الشفعة وعن الثاني انه صرح في المحيط بان في بيع المقايضة اذا هلك احد البدلين يبقى العقد
لكن بصفة الفساد **قوله** ولكنه يتحول الصفقة اليه **وان قلت** اذا اشترى دارا فرداها
قبل ان يراها الشفيع فليس له خيار الرؤية ولو تحولت الصفقة اليه لما ثبت للشفيع خيار الرؤية الا
يرى ان الموكل بالشرى اذا كان يملك المشتري بطريق تحويل صفقة الوكيل اليه لا يثبت
خيار الرؤية للموكل اذا لم يثبت للوكيل وكذا لو شرط المشتري البراءة عن كل عيب ثم اخذها الشفيع
فله ان يردها بالعيب ولو كان الاخذ بطريق التحول لما ثبت للشفيع ولاية الرد بالعيب
كما لم يكن للمشتري قبل العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما تغير في حق
المشتري بعارض الشرط وشرط البراءة وجد من المشتري دون الشفيع فتحولت الصفقة موجبة
للسلامة نظرا الى الاصل وكذلك لو كان المشتري راى بالدار عيبا عند الشراء وقبله ولم يجد
الشفيع شيئا من ذلك كان له ان يردها لما لم يرض البايع عن العيوب في حق المشتري انما كان لاجل
قبوله ولم يوجد ذلك العارض في الشفيع واما مسألة الوكيل فان الموكل قد اقامه مقام نفسه
ورضي بما فعله على نفسه فكان سقوط خيار الرؤية من الموكل ضرورة رضيا بتوكيله كذا في الشرح
قلت لان الصفقة لا يتحول من الوكيل الى الموكل كيف ولو كانت متحولة لكان الحقوق الى الموكل

جرى بين البائع والمشتري صار ذلك الفسخ ... لو انفسخ البيع صح

لما وكل الوكيل بالشرى تقدم امامه

~~لكن الوكيل بمنزلة الاجنبي~~ دون الوكيل كما في الحقوق من تسليم الثمن وغيره يكون الي الشفيع لتحول الصفقة اليه وكما كانت الحقوق الي الوكيل علم ان الصفقة لا يتحول منه الي الموكل بل ينعقد بينهما مبادلة حكمية حتي يرد الموكل علي الوكيل بالعيب ويتحالفان اذا اختلفا في الثمن. وانما لا يثبت خيار الرؤية للموكل لانه انما يثبت الا في حق المشتري والمشتري هو الوكيل اما الموكل فاجنبي عن العقد انما هو خليفة الوكيل في حق الملك كالمولي بخلاف عن العبد المأذون في حق الملك ولا يثبت خيار الرؤية للمولي فكذا للموكل **قوله** ولا قص هنا قيل وكذلك هو في معني ما يرد فيه النص انه ورد في البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي وقد فات التراضي هنا فلم يكن في معني ما ورد به النص من كل وجه فلا يلحق به دلالة **قلت** اذا اختلف الموكل والوكيل يجري في الثمن يتحالفان مع ان المبادلة المنعقدة بينهما حكمية لا حقيقية فلا يكون في معني ما ورد به النص من كل وجه وقد الحق بالمنصوص دلالة **قوله** ولا يصح في البيع الثاني فهنالك لا يفسخ الاول اما ههنا فلانه وجه الفرق ان حق المالك القديم لا يتعلق بالشراء لكن بعد الاخراج الي دار الاسلام فاذا فسخ الشراء الاول قبل الاخراج اليها لم يتعلق به حقه وانما يتعلق بما بقي بعد الاخراج وهو العقد الثاني بخلاف الشفيع فان حقه يتعلق بالبيع الاول كما يتعلق بالثاني فافترقا **قوله** وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء **فان قلت** كيف يصح التخيير بين ان يأخذ بالالف او بالفين والرفق في الاخذ بالاقل متعين ولا تخيير مع تعيين الرفق في احدهما **اجيب** بان التخيير مع تعيين الرفق في احدهما انما لا يجوز في الواجبات اما في المباحات فيجوز علي ان في كل من التعيين هنا فايدة بطلت في حق المرابحة والتولية فلا يكون الاقل متعينا للرفق مع ان الاخذ بالاكثر احسان منه الي المشتري وكفي به فايدة **قوله** كان تحالفا يفسخ القاضي البيع علي ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وفيه **نظر** لان فسخ البيع لو كان لا يوجب بطلان حق الشفيع فسقوطه لا يوجب بطلانه وقد مر في فصل التحالف مصرحا انه التحالف يوجب فساد البيع لانه يبقي بيعا بثمن **مجهول** او بيعا بلا بدل وكل ذلك يوجب الفساد ولا شفعة في البيع الفاسد **وجوابه** انه لا فساد بسبب التحالف في زعم المتعاقدين لان كلا منهما يزعم ان البيع قد وقع صحيحا ببدل معين والفساد باعتبار جهالة البدل او علاته وكل ذلك منتف في زعم البايع والمشتري وكان البيع صحيحا في حقهما حتي لو كان المشتري جارية حل وطيها بعد التحالف ولو تحقق حق البايع والمشتري ثم حل فلما كان البيع صحيحا في حق البايع يستحق الشفعة عليه لانه يبقي علي ثبوت البيع في حق البايع حتي لو اقر البايع بالبيع والمشتري ينكره يستحق الشفعة **او نقول** انما لا يثبت الشفعة في البيع الفاسد اذا وقع فاسدا في الابتداء اما اذا لم يفسد بعد انعقاده

صحيحا فحق الشفيع يبقي علي حاله الا يري ان النصراني اذا اشتري من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتي اسلما او احدهما او قبض الدار ولم يقبض ~~الدار ولم يقبض~~ الخمر فان البيع يفسد وللشفيع ان يأخذ الدار بالشفعة لانه انما فسد بعد وقوعه صحيحا وكذا الفساد بالتحالف انما يثبت في الابتداء فلا يمنع الاخذ بالشفعة **قوله** والحق حق الاسترداد فيما ضعيف ولهذا لا يبقي بعد البناء وهذا الحق يبقي قلت بل حق الاسترداد للبايع في البيع الفاسد يبقي بعد البناء عند ابي يوسف رح علي ما مر في احكام البيع الفاسد فلا يصح الاستدلال علي الخصم في اثبات الضعف بما هو عين النزاع وايضا الخصم لان يقول ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتي يحتاج فيه الي القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع **قوله** بناء علي ما ذكر المصنف في تمام البيع سيرجع اليه علي ما عرف في ولد المبيعة بعد القبض يعني اذا ولدت المبيعة بعد القبض ثم حكم البيع اليه حتي لو وجد عيبا باحدهما له ان يردهما كما لو اشتري عبدين فوجد باحدهما عيبا لكن لا يقابله شيء من الثمن لانه صار مبيعا تبعا ولم يكن موجودا حالة البيع ولا عند القبض الذي له شبه بالمبيع كذا في الشاهان وكانه سهو من الكاتب والصواب ان يقول اي قبل القبض يعني اذا ولدت المبيعة قبل القبض وهذه المسالة الرواية منصوصة في غير موضع ان المبيعة اذا ولدت ولدا المبيع يمتنع الرد بالعيب لانها لو ردت فاما ان يرجع الولد او بلا فيه لا وجه الي الاول لانه لو رد الولد فاما ان يرد الولد مقصودا او تبعا لا وجه الي الاول لان الرد بالعيب فسخ العقد في الاصل وفسخه انما يكون في حق الذي ورد عليه العقد ولم يرد عليه ولا الي الثاني لان الولد بعد الانفصال ليس تبعا للاصل حقيقة ولا حكما فان شيئا من احكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض ولا وجه الي فسخ العقد في حق الاصل دون التبع لان الولد مبيع من وجه لانه متولد من المبيع والمتولد من الشيء يحدث علي صفة الاصل كالمتولد من المدبرة والمكاتبة ولا يكون مبيعا من كل وجه لا يسلم للمشتري بعد فسخ العقد مجانا لانه ربوا فكذا ما يكون مبيعا من وجه كذا ذكر الشارح في كتاب الهبة فاذكر في الشاهان محل تامل وقال الشارح عند قوله علي ما عرف في ولد المبيع يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الي الولد حتي يكون الولد ملك المشتري كامه **قلت** هذا البيان لا يلايم هنا اذ الكلام فيما اثمرت النخل بعد قبض المشتري يعرف بادني تامل فالاولي ان يقال اذا ولدت المبيعة بعد القبض يكون الولد مبيعا تبعا نظرا طريق البايع ولهذا لا يجوز للمشتري ان يرد الام بالعيب بدون الولد علي ما ذكرنا فلما كان مبيعا تبعا يأخذه الشفيع لانه يأخذ الاصل فيأخذ الاصل التبع ايضا **قوله** وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعني الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما دليل كان دم

القصاص والخلع مع المنكوحة الى النص الوارد فيهما على خلاف القياس قوله ويثبت الملك للوارث
حتى يرد بعد البيع الا ان ملك الوارث عين ملك المورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا
بشراء المورث اجيب بانه ملك متجدد من وجه حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة فلا يبقى حق
الشفعة بالشك قوله لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وسعى الانسان في نقض
ما تم من قبله مردود في دعوى الانسان عدم لزوم ما تم ولزوم من قبله مردود لان الاقدام على العقد اقرار
بلزومه فبعد ذلك لو ادعى ما يوجب عدم اللزوم كان متناقضا قوله والمشتري لا ينتقض شراؤه بالاخذ بالشفعة
لانه حق الشراء يعني ان شراء الغير ان كان ينتقض بالاخذ بالشفعة فقد تحقق شراء مثله والنقض
بخلاف البيع فانه ينتقض لا الاخلف وتوضيحه ان الملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل فلا
يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته حكما قوله قيمتها الف او اكثر قال الشارح تقييده بقوله قيمتها
الف او اكثر […] فانه لو كانت قيمتها اقل مما اشتري به من
الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا قلت التقييد قد يكون للاحتراز وقد يكون لاثبات الحكم
في غيره بالطريق الاولى والتقييد بقوله قيمتها الف او اكثر لاثبات انه لو كانت اقل من الالف لم يبطل
الشفعة بالطريق الاولى ولا وجه لان ما باع بالدراهم الثمن دينار الحق اذا استحق المشفوع بطل
الصرف فيجب رد الدينار لا غير وقد يقال في هذا احتمال لحوق الضرر بالمشتري اذا البائع قد لا يشتري
الدينار من المشتري بالدراهم الثمن فيتضرر المشتري بشراء الدينار باضعاف قيمة الا ان يقال انهما لما
تواضعا على احد الدينار […] فالظاهر هو الجري على المواضعة فاحتمال ان
البائع لا يبيع الدينار خلاف الظاهر بخلاف الاستحقاق فانه لا مرد له

كتاب القسمة

قوله والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت قال في الكافي معنى الافراز والتمييز في المكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة اظهر لعدم التفاوت بين ابعاضها الا ان ما ياخذه مثل
حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه الا يرى ان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو
كانت مبادلة لشرط رضاؤه وهنا بحث حيث ذكر في الذخيرة في فصل القسمة في المضاربة لو ان رب
المال قبض راس المال ثم اقتسما الربح واخذ المضارب حصته ولم يقبض رب المال حصته حتى
هلكت حصة رب المال فالتاوي هلك عليهما والذي في يد المضارب بينهما لان
القسمة قد انتقضت بهلاك حصة رب المال والاصل فيه ان في قسمة المكيل والموزون اذا هلك احد
النصيبين قبل القبض انتقضت القسمة ويعود الامر الى ما كان قبل القسمة لان هذه القسمة مبادلة
من وجه افراز من وجه فباعتبار المبادلة اذا هلك احد النصيبين قبل القبض ينتقض القسمة ولا ينقطع
حق من هلك نصيبه عما قبض صاحبه وباعتبار الافراز ينقطع فلا ينتقض بالشك ولا احتمال الى هنا لفظه فلو كان

القسمة في المكيلات افرازا لا مبادلة لم ينتقض القسمة فيما هلك احد النصيبين قبل القبض ولم يذكر
في الذخيرة من تحقق الشك في انقطاع حقه عما قبضه صاحبه وجه اذ الشك يقتضي استواء الجانبين فلا
يتحقق مع ترجح جانب الافراز فكيف صح عدم اعتبار وجه المبادلة كما صرح به بعض المشايخ وذكر
في المغني لزيد كل موضع يمكن العمل بشبه الافراز والمبادلة يعمل بهما والا فبشبه الافراز لانه راجح والجمع
الى العمل بهما في مسئلة المضاربة غير ممكن فيجب ان يعمل بشبه الافراز بل ما ذكر في الذخيرة مشكل بوجه اخر
[…] لان حق كل منهما ذو انقطاع عما وقع في نصيب الاخر
بمجرد القسمة ثم اذا هلك احد النصيبين قبل القبض وقع الشك في عوده على نحو ما ذكر فلا
يعود بالشك قوله وحقيقة المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اي في غير ذوات
الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبه
المبادلة فيها واضح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة
فظاهر واما الحكم فلان نصف ما اخذ كل واحد مثل ما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ
المثل كاخذ العين قوله والنص لم يشر الى الفصل الا معنا لفظه فظهر ان حرمة اجارة المنافع بجنسه
مبني على اتحاد الجنس دون شبهة الفصل والاتحاد بين الحانوت والدار ثابت شبهة فيحرم الاجارة
احتياطا نعم لو كان حرمة اجارة الجنس بالجنس مبنيا على شبهة الفصل كما زعم المعترض لما حرم
بشبهة المجانسة لما فيه من اعتبار شبهة الشبهة ولكن لما كان حرمة الاجارة عند اتحاد الجنس ثابتا بالنص
غير مبني على شبهة الفصل ينبغي ان تحرم عند شبهة اتحاد الجنس لان الشبهة فيما احتاط فيه
كالحقيقة فان قلت النص المذكور وارد في مختلفي الجنس حيث قال عليه السلام اذا اختلف النوعان
ففي مختلفي الجنس لا يثبت الحرمة لا بعلة شبهة الفصل اجيب بان النص ان كان يرد
في مختلفي الجنس فالمراد النوعان المتحدان قدرا اذ الا عند اختلاف النوع والقدر فيكون
واردا نشاء في متحدي القدر والوارد في متحدي القدر كالوارد في متحدي الجنس اذ الحكم
الجنس اذ الجنس والقدر متماثلان في باب الربوا والوارد في احد المثلين وارد
في الاخر فكانه قيل اذا اختلف النوعان المتحدان في القدر او اتحد النوعان من غير اتحاد
في القدر فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فكان حرمة النساء في متحدي الجنس ثابتا
بالنص بهذا الاعتبار والله اعلم ثم يشكل ما ذكر ههنا من ان اجارة الدار بالحانوت لا تجوز باعتبار
شبهة الربوا نظرا الى شبهة المجانسة باسلام النقود في الزعفران فانه جائز وان جمعهما
الوزن الا انهما لا يتفقان في صفة الوزن على ما مر تقريره في الربوا فوجه الاشكال ان الوزن
والجنس كل واحد منهما يحرم النساء بانفراده ثم اختلافهما في صفة الوزن والجنس كل واحد منهما

اذا لم يكن من جنس واحد ولا يخفى ان قوله والمبادلة الى لو كان محمولا على ما اذا لم يكن من جنس واحد لم يتوجه عليه السؤال الذي ذكره الشارح بقوله بان ما ادعى لان القاضي انما يجبر على القسمة اذا كان من جنس واحد اما اذا لم يكن فلا وكذا لم يكن للجواب الذي ذكر معنى اصلا اللهم الا ان يراد من الاجبار الاجبار في حق الحصر لان الشارح فسر معنى المبادلة كما هو المفهوم من المبسوط او معنى الافراز كما هو المفهوم من المغني على ما ذكرنا فح كان قوله وهذا جواب عن الخ محمولا على رواية المغني وما ذكر في الوصية محمولا على رواية المبسوط قوله لان فيه معنى الافراز لكنه اي هذه القسمة معنى الافراز والمبادلة وشيء منهما لا يمنع الجبر اما الافراز فظاهر وكذا المبادلة لان الجبر قد يجري فيها اذا مست الحاجة اليها وتعينت لدفع الضرر عن الشركاء في قضاء الديون قوله ولانه لو تعين لتحكيم بالتحكيم على اجر مثله فان قلت يشكل من قوله وبعد اجر مثله لان التحكيم انما ذلك لان الحكم اذا كان مقيسا بعد اجر المثل كيف يحكم بالتحكيم على اجر مثله لو تعين احسب بان التحكم كان مبنيا على اجر الامثل ولكن مع ...

مع اتفاقهما في اصل التحريم النساء فاختلاف كيفية جنس المنفعة بين الدار والحانوت مع شبهة الاتحاد اولى ان لا يحرم النساء فالظاهر هو ما قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله انه يكون في المسألة روايتان او يكون من مختلفات هذا الكتاب **قوله** والثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بيناه في الثوب الواحد من تحقق القسمة على الضرر لان القسمة ايضا لا يتحقق الا بالقطع اذا لم تكن زيادة الدراهم بالاكس حيث لا يجوز ادخال الدراهم في القسمة لان القسمة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك في البعض ولا حاجة الى القطع ولا الى ادخال غير المشترك في القسمة واذا لم يمكن ادخال الدراهم في القسمة لا يتحقق القسمة الا بالقطع وفيه من الضرر ما لا يخفى **قوله** والمراد بالنسبة في المسكن لا في المرافق لكان ينبغي ان يقتسمان اجمالا لاتحاد الذود في اصل السكنى الا انه يقال معناه تحول المراعى في قسمة الدار الواحدة التسوية ~~وان اختلفت يقسم جملة ما في الدار~~ في اصل السكنى لا في المرافق فالبيوت في الدار الواحدة ~~التسوية~~ وان اختلفت يقسم جملة لما ان في قسمة كل بيت ضررا فاعتبر التسوية في اصل السكنى دون المرافق فكذا في قسمة العلو مع السفل يعتبر اصل السكنى في القسمة ثم اذا اعتبر في اصل القسمة المساواة في السكنى لا في المرافق وجب ان يعتبر ذلك في وصف القسمة وهو الذرع ايضا الحاقا للوصف بالاصل **قوله** اولانه البدل مشهود به لما انه غير لازم الا يرى انه اذا ادعى المولى على العبد انه كاتبه بالف درهم وانكره العبد لا يقضي ببينة المولى لانه لا يفيد الا ان للمكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ الكتابة **فان قلت** اذا ادعى المكاتب ان الكتابة وقعت فادعى المولى انها وقعت على الف درهم وبرهن ~~وطلع~~ حمو وانكر المولى اشتراط الخمس فالقول قول المولى ويلزم المكاتب المكاتبة هكذا ذكر في مكاتب الاصل وكان ينبغي ان لا يقضي بجواز الكتابة بقول المولى لانه لا يقبل الا للمكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ الكتابة والجواب ان ما ذكر في مكاتب الاصل محمول على الرواية التي جاءت انه ليس للمكاتب ان يفسخ الكتابة متى عجز نفسه من غير قضاء فيكون الكتابة عقد الازما على هذه الرواية ومسئلة الشاهد محمولة على الرواية التي جاءت ان للمكاتب فسخ الكتابة متى عجز نفسه من غير قضاء **قوله** ينبغي ان لا يقبل دعوته للمناقضة لانه قال قد استوفيت والاستيفاء عبارة عن قبض جميع الحق ثم قال بعد ذلك لم اقبض فيكون مناقضا في دعواه وقد يقال التناقض انما يلزم ان لو كان المراد بالاستيفاء استيفاء جميع الحق وليس كذلك بل المراد استيفاء ما اصابه بقسمة هذا القاسم اي قد اشهد على نفسه باستيفاء ما اصابه بهذه القسمة ولكن بعد ذلك يدعي الغلط في القسمة ويقول انا قد اقتسمنا بالمناصفة ولكن وقع الغلط في المساحة والتمييز فبقي شيء مما اصابني من النصف في يد صاحبي ثم وصاحبه يساعده على ان القسمة كانت بالمناصفة غير انه ينكر الغلط في المساحة والتمييز ولا يخفى ان الاقرار باستيفاء ما اصابه بالقسمة لا ينافي

دعوى الغلط في القسمة ولا يناقض ثم هذا الاختلاف على ما ذكرنا هو من الصورة ليس باختلاف في قدر الواجب بالقسمة حتى يوجب التحالف بل هو دعوى علام لزوم القسمة بعد وقوعها لان القسمة ~~بعد وقوعها اللازمة~~ اذا لم يكن على الوجه المشروط كانت غير لازمة فصار كدعوى عدم لزوم البيع بشرط الخيار ولا تحالف فيه فكذا هنا وعلى هذا لا يكون عدم جريان التحالف ~~فيشكل هنا على هذا لا يكون عدم جريان التحالف~~ في هذه المسئلة دليلا على فساد هذه الدعوى كما اشار اليه بقوله واليه اشار من بعد الا ان المسئلة اذا كانت مصورة على ما ذكرنا لا يكون اختلافا في قدر الواجب بالقسمة حتى يجب التحالف اي علام لزوم القسمة بعد لزومها ظاهر اختلاف ما اذا اصابني الى موضع كذا لان الاختلاف هناك في قدر الواجب بالقسمة ~~حتى يجب~~ وصورته ان يقول قد اقتسمنا واصابني الى موضع كذا وهكذا اصابنا على القسمة ويقول الآخر لصاحبك اقل من ذلك وهكذا اقتسمنا هو الاختلاف في قدر الواجب فيوجب التحالف قبل الاشهاد بالاستيفاء اما لو اشهد به كان مناقضا في دعواه سواء اشهد باستيفاء جميع حقه او بما اصابه بهذه القسمة اما الاول فظاهر واما الثاني فلان المسئلة مصورة فيما اذا اتفقا على وقوع القسمة على الوجه المستحق غير انه زعم احدهما انها وقعت على وجه ما اصابني الى موضع كذا والآخر انها على وجه لصاحبك اقل منه فلو اقر في هذه الصورة على باستيفاء جميع ما وقعت القسمة عليه ثم يدعي ان ما اصابه بهذه القسمة الواقعة على الوجه المستحق شيئا في يد صاحبه كان متناقضا والتحالف يترتب على دعوى صحيحة **قوله** واليه اشار من بعد وهو قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يشهد على نفسه بالاستيفاء وتحالفا في هذه اشارة الى ان لا يقبل دعواه فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء لان عدم التحالف عند الاشهاد على نفسه بالاستيفاء لم يكن المعنى الا ان التناقض مانع ~~لصحة~~ الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل بالقسمة كذا في الشرح وقد يقال لا نسلم ان عدم التحالف بعد الاشهاد على نفسه بالاستيفاء للتناقض بل لمعنى آخر وهو ان التحالف انما يجري اذا لم يكن الظاهر شاهدا لاحدهما اما اذا كان فالقول قول من يشهد له الظاهر الا يرى ان الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر يحكم مهر المثل اولا المعرفة من يشهد له الظاهر فان كان مثل ما قاله الزوج او اقل قضي بما قاله وان كان مثل ما قالت المرأة او اكثر قضي بما قالته

وان كان بينهما تخفيفا على ما عرف من تخريج الرازي رحمة الله عليه فعلم ان التخلف انما يصار اليه
اذا لم يكن للظاهر شاهد لاحدهما اما اذا كان فلا تخلف وان كان موجبه موجودا اذا ثبت
هذا فنقول دعوى الغلط في القسمة بعد الاشهاد على نفسه بالاستيفاء دعوى خلاف الظاهر
لان القسمة بعد الاستيفاء لازمة وفي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب
لزوم القسمة وذلك خلاف الظاهر كالمشتري يدعي لنفسه خيار العيب او الشرط والبايع
يكذبه بخلاف ما قبل الاشهاد بالاستيفاء لان القسمة قبل القبض غير لازم وغير اللازم كالمعلق
في كل ساعة فيكون دعوى قبل التمام فلا يكون دعواه على خلاف الظاهر قوله ذكر
الاختلاف في استحقاق بعض بعينه اذ الظاهر ان قوله بعينه راجع الى البعض لا الى
نصيب احدهما على ما توهم لان نصيب احدهما بعد القسمة يكون بعينه وكذا دعوى الاستحقاق
في نصيب احدهما غير عين باطل فلا بد وان يكون نصيب احدهما معينا فلا فايدة في هذه
الزيادة قوله وهكذا ذكر في الاسرار وهذه الاحالة الى الاسرار وقعت سهوا
فان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا فان المذكور فيه دار بين رجلين
اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب احدهما شايعا لم يبطل القسمة عند ابي حنيفة
رح ولكن يتخير المستحق عليه ان شاء رد الباقي واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك بقدر
ما استحق ولم ينتقض وقال ابو يوسف رح انتقضت القسمة وقول محمد مضطرب فابو يوسف
رح ~~احدهما يثبت ان الافراز~~ يقول القسمة في الدار الافراز وحين استحق جزء
شايعا من نصيب احدهما تبين ان الافراز لم يتحقق فكانت باطلة كما لو استحق
النصف من النصيبين جميعا وابو حنيفة رح يقول بان الاستحقاق ان كان يوجب شيوعا
في نصيب الاخر فلا ينتقض القسمة كما لو استحق بيتا بعينه من نصيب احدهما كذا في الشرح
وقد اجاب باب المسيح بالاسرار غير واحد فلعل المصنف رح احال الى اسرار اخر
غير الذي خطئه للشارح انه المختار عليه قوله بان كان النصف المقدم مشتركا
بينهما اي زيد وعمرو ومثل الويس ثالث لئن كان النصف مشتركا بينهما وبين ثالث ايضا فانا
اذ الاشتراك ينبئ عن المساواة والتسوية بين زيد وعمرو وبين ثالث انما يتحقق اذا كان
النصف لهما والنصف للاخر الثالث قوله ما لهما من المقدم وهو نصف المقدم والربع
المؤخر فيكون لكل منهما ثلثة اثمان كل الدار قوله فكذا في الانتهاء قلت غاية الامر
لان القسمة على هذا الوجه ناقصة ولا يلزم من الرضا بالقسمة الكاملة
الرضا بالناقص منها ولكنا خيرناه بين النقض والامضاء لذلك قوله لانه

لو ثبت القسمة لتضرر الثالث وقد يقال لم يبق القسمة مع الخيار في الفسخ
والامضاء فيندفع الضرر بثبوت الخيار كما يندفع هذا الضرر عن المستحق عليه
باثبات الخيار له الا ان يقال اثبات الخيار يستدعي انعقاد القسمة وهي لم تنعقد
في حق المستحق بخلاف المستحق عليه لانعقادها في حقه فيمكن اثبات الخيار قوله
لا انه تناقض لان الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة وفيه بحث لان الاقدام
على القسمة اقرار بالصحة ولزومه والدين مناف للصحة واللزوم فكان متناقضا الا
يرى الى ما ذكر المصنف رح في فصل الفصولين من قوله ومن باع عبد غيره بغير
امره واقام المشتري البينة على اقرار البايع او رب العبد انه لم يامر بالبيع
واراد رد البيع لم يقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء
اقرار منه بصحته اي بلزومه قوله المهاياة جايزة استحسانا والقياس يابى
جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين في نوبته ولكنا
تركنا القياس وجوزناها بالكتاب وهو قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
كذا في الشرح وهذا يخالف ما ذكره الشارح بعد هذا في جواب من جعل التهايؤ
في الجنس الواحد اقرارا من وجه عارية من وجه متمسكا بان التهايؤ جايز في الجنس الواحد
ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها ولانه لم تحرم
بيوم النساء حيث قال وانما لم يحرم النساء لان القياس ان لا تحرم الغنا باحد
وصفي علة ربوا النقد لان الاوصاف مع العين يستويان في العقد الا ان للعين فضلا
من حيث الجودة لكن الفضل من حيث الجودة لا تحرم عند وجود وصفي علة الربوا فلئلا
تحرم عند وجود احد وصفيها اولى الا انا اثبتناها بعد الحرمة عند وجود احد وصفي
علة الربوا بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه والمهاياة مبادلة
من وجه فيعمل فيها بقضية القياس ثم لفظه وهذا تصريح بان جواز المهاياة ليس على
خلاف القياس بل على وفاقه فيتناقض ما ذكر هنا من ان القياس يابى جوازها الخ
قوله لان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ
~~جمع على التعاقب~~ والتهايؤ جمع على التعاقب وفيه بحث لان التهايؤ من حيث
المكان ايضا جمع المنافع في زمان واحد مع انه ليس باقوى من التهايؤ زمانا
حتى اذا اختلفا في التهايؤ ينبغي للقاضي ان يامرهما بان يتفقا ولا يقسم من حيث المكان
ثم الدليل المذكور لا يصلح دليلا على ان القسمة اقوى من التهايؤ مكانا والدعوى

قوله وكذا لو كان الغايب صبيا يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه قال الشارح اعلم ان ههنا مسئلة لا بد من معرفتها وهي

مطلق قوله ولا يبطل المهايأة بموت احدهما الخ وقد يشكل بان المهايأة من حيث الزمان
اجارة حتى يشترط التأقيت كذا قال الشارح واما اذا كانت المهايأة في زمانين في مكان
واحد فلا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل كالمستقرض عن الآخر في نوبته فكان
مبادلة لا افرازا هذا كلامه فلما كانت المهايأة زمانا مبادلة والمبادلة في المنافع اجارة
وهي يبطل بالموت وجوابه ان القياس ان يبطل بالموت ولكنا استحسنا في ذلك لانه
لو ينتقض بالموت لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف قوله لحدوث المنافع
في العارية تحدث المنافع على ملك فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك
المستعير مع هذا لا يملك الاجارة قلت لا يقول ان يشترط المستعير قبل مضي المدة
كذا في الشاهان وفيه نظر لان كل واحد من الشريكين ايضا يتمكن من فسخ المهايأة
فيهما تحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهايأة القسمة من القاضي
قبل مضي المدة للاجارة الا ترى انه لو وقع المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة
يقسم ويبطل المهايأة لانه لم يلزم ثم قد يشكل بهذه المسألة ما ذكر المصنف في العارية
تعليلا لعدم جواز اجارة المستعير بقوله ولانا لو صححناها لا يصح الا لازمة لانه حينئذ يكون
بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى
انقضاء المدة فابطلناه ووجه الاشكال ان اجارة احد الشريكين بعد المهايأة بالمكان
يصح مع انه لو صححناها لا يصح لازما الى انقضاء مدة الاجارة وفي وقوعه لازما زيادة
ضرر بالشريك الآخر لسد باب النقض وقسمة العين فينبغي ان لا يصح والجواب بحذف
ان المهايأة غير لازم لما قلنا فلو صححنا الاجارة لزم لزوم ما هو غير لازم
الاجارة لازمة في الاصل فلو ملك الشريك الاجارة فاما ان يكون بعد هذه الاجارة لازمة
او غير لازمة فان كانت لازمة لزم لزوم ما هو غير لازم لانه اذا لزمت الاجارة يصير المهايأة لازمة
ضرورة لعدم امكان النقض بالمرافعة الى القاضي فيكون خلاف موضوع المهايأة وهو باطل
وان لم يلزم عدم لزوم الاجارة وهو خلاف موضوعها ايضا قوله لحدوث المنافع
على ملكه ينتقض بالموصى له بالخدمة اذ المنافع تحدث على ملكه مع انه لا يملك الاجارة عندنا
فكان الدليل الحدوث على وجه اللزوم وملك الموصى له من حيث ان الوصية تبرع غير لازم تعارض
موت المتبرع ولا معتبر بالعارض فصار كالمستعير اما احد الشريكين فانما يملك المنافع بعد المهايأة
بملك الرقبة اذ المهايأة افراز ومعنى الافراز فيه غالب والاصل في المنافع المملوكة تبعا
لملك الرقبة هو اللزوم وعدم اللزوم هنا بعارض تقدم قسمة العين على قسمة المهايأة فاعتبر لانا

المعير
ثلاثا
يطلب مدة
اللازم

ينتقل الى العارض كالعين قوله وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع لحدوثها
يقال ان الدارين لا يتفاوتان الا في وجوه السكنى وموافقتها على ما مر وهذا اعني التفاوت
في المنافع قليل فلا يتفاوت الداران في المنافع لصحة قسمة العين فيهما ايضا لا ان الاختلاف في
المنافع قسمة العين ووجوه السكنى من القرب بالماء والمسجد والجيران الحاصل الا ان يقال لما
كانت الداران متحدتين في اصل السكنى مختلفتين في توابع السكنى ومرافقها اعتبر الاتحاد في
المهايأة والاختلاف في قسمة العين اذ المهايأة قد يتسامح في قسمة العين لان قسمة العين
لازمة والمهايأة ليست بلازمة فاعتبر فيها التفاوت من حيث المرافق وجعل الداران في حق المهايأة
كانهما لا يتفاوتان في المنافع قوله ويتغير في الحيوانات فان قلت الا ان المنفعة مستوية
التفاضل في الاستغلال وبالتفاضل فيه لا يفوت التعديل لانهما يشتركان في فضل الغلة
فصار كالمهايأة في الدارين اذا زادت الغلة في نوبة احدهما حيث يشتركان فيه اجيب
بان التغير في الحيوانات لما كان غالبا افضى ذلك الى التفاضل في الغلة كثيرا
واحتيج الى القول بشركتهما في الفضل فلا يفيد القسمة معنى الافراز الذي وضعت له
في الدار يقل تردد غلتها احدهما الا نادرا فيفيد القسمة معنى الافراز غالبا فهم قوله لان
المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فتجوز قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة
عند حصولها وقد يشكل بان المهايأة في المنافع لو كانت لضرورة انها لا تبقى فتجوز قسمتها
لكان ينبغي ان لا تجوز المهايأة في الدار الواحدة والدارين بالاستغلال لان
الغلة ايضا عين باقية ترد عليها القسمة عند حصولها كتاب المزارعة قوله
وقال الصاحبان لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع قلت
قد ذكر المصنف رح في كتاب المساقاة في وجه قول ابي حنيفة رح وحديث معاملة النبي عليه السلام
اهل خيبر على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج حيث ذكر ولا يعطى السكان
مع الملك في المساقاة عند ابي حنيفة رح ودفع محمد وذكر ابو يوسف رح وعليهم جميعا لان
ولاية التدبير كما يكون بالملك يكون بالسكنى والمحتج ان النبي عليه السلام جعل المساقاة والدية
على اليهود وهكذا فعلوا كانوا اخبر وهالك الملك من المخرص بنصف الغنيمة دون النكاح لان
يكفي الملاك الذي وقولهم لا دعوة وكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق النصف منهم خراجا
الخراج هذا لفظه وستفسيره من قبل محمد رح ان النبي عليه السلام اتى اهل خيبر على املاكهم
وكان يأخذ منهم على وجه الخراج ولم يكن معاملة ولا مزارعة فلا يصح التمسك به لصحة المزارعة
من قبل محمد رح مقاسمة لو ليس المحاصرة فانه لو اخذ الكل جاز فانه عليه السلام ملك غنيمة وكان

عين
العين
الواحدة
الواحدة
اقر

ماترك في ايديهم نخلا وشجرا ورد في هذه الحديث انه عليه السلام قال وعامل اليهود
اهل خيبر كان خراج مقاسمة قوله اعتبارا بالمضاربة كانه تمسك بالاجارة والمضاربة
جوزت بخلاف القياس لانه في معنى قفيز الطحان وما ثبت بخلاف القياس لا يحتمل المقايسة
قوله ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة لكن ليس في هذا الحديث
حجة لمن جوز المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز فانه
عليه السلام ملك غنيمة وكان ماترك في ايديهم فضلا اوفق وورد في هذا الحديث انه عليه السلام
قال لاهل خيبر اقركم ما اقركم الله ولم يبين مدة معلومة وقد اجمع علماؤنا على ان المزارعة لا تجوز الا
ببيان المدة المعلومة فلم يصح للحديث حجة كذا في الشرح نقلا عن الايضاح وقيل في قوله
وقد اجمع الى آخره بما روي عن محمد بن سلمة رحمه الله ان المزارعة من غير بيان المدة
جائز ويقع على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهذه الرواية مذكورة في الشرح
لعل هذا نقلا عن الامام النسفي قوله والظهور تعامل الامة بها والقياس يترك
بالتعامل فان قلت فكيف لم يجوزه ابو حنيفة رضي الله عنه والتعامل حجة بالاتفاق اجيب بان
التعامل انما يعتبر اذا لم يكن فيه خلاف فيكون كالاجماع اما بعد الخلاف وانه مجتهد فيه فجاز ان يترك بما
ورد من النبي عن المزارعة عملا بالمحرم قوله ووجهان آخران لم يذكرهما قلت بل ثلاثة
اوجه لم يذكرها في الكتاب احدها ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للاخر والثاني ان يكون
البذر والبقر لاحدهما والباقي للاخر والثالث ان يكون البقر لاحدهما والباقي للاخر
لا يجوز عند الانفراد ايضا اي انفراد البذر والبقر بان كان من احدهما
البقر وحده او البذر لا غير ثم ما ذكره في الكتاب من قوله وهي عندهما على اربعة اوجه
منظور فيه لانه ان كان بيانا للمزارعة الصحيحة فلا يجوز لانها على ثلثة اوجه
وان كان بيانا للمزارعة الفاسدة فلا يستقيم ايضا لانه من الاربعة ثلثة الصحيحة
والواحد الفاسدة وان كان بيانا للمزارعة المطلقة لا يصح ايضا لانها على
سبعة اوجه على ما مر واجيب في الشاهات بان المراد المزارعة المستعملة
فما بين الناس ان يكون البذر من احدهما والباقي من الاخر ظاهر فلو قصد
الآخذ قلت الحيلة فيه ان يشتري نصف البذر منه ويبرئ البائع من الثمن ثم
يستعمل ارضها بالبذر كله على ان يكون الخارج بينهما بدون هذا ان شرط
نفع الشرط ليدفع وانما الحيلة فيما اذا كان البقر من احدهما قوله ابي يوسف بالجواز انتهى

لفظه والخفي انهما بين الصورتين اللتين ذكر الشارح العامل بينهما للبناء من
الصورتين الاربعة التي ذكرها في الكتاب فالمستقيم الحصر على الاربعة ولذا لم يذكرها
المخاوعة المزارعة المستعملة فيما بين الناس فالاولى ان يقال في وجه الانحصار على
الاربعة ~~وان الذي في المزارعة~~ مع ان التقسيم العقلي يقتضي ان يكون سبعة اوجه
هو ان المزارعة لا يخلو اما ان يكون اجارة على منفعة العامل او منفعة غيرهما والمنفصل
على منفعة العامل اما ان ينعقد على عمله بعمل بالكلية او بالة غيره والاربعة اقسام الا انه لم يعتبر
اقسام القسمة الثالث كما اعتبر اقسام القسم الثاني لفساده بجميع اقسامه فلم يتعرض له بالانقسام
وان كان هو منوعا الى الاربعة اقسام لانه اما ان ينعقد على منفعة البذر او منفعة
البقر او منفعة ~~البقر~~ البذر والبقر او منفعة الارض والبقر والله اعلم قوله
فتعذر ان تجعل تابعة ~~هنا التجوز مقصورا لانه اجارة~~ اشارة الى ان اجارة البقر
اجارة باجر البذر على تسليمه فصار كاجارة البقر للحمل على ان يكون الاجر
قفيزا من المحمول قوله والمفسد هو الشرط جواب عما يقال متى كان التبن لصاحب
البذر والارض ربما لا تخرج الا التبن فيؤدي الى قطع الشركة وانه مفسد وتقرير
الجواب ان توهم انقطاع الشركة ليس بمفسد للعقد لانه من فروعه لا رفعها هذا التوهم
يوجب توهم الانقطاع ~~المفسد هو الشرط الذي شرط~~ كشرط الحب لاحدهما ولم يوجد مثل
هذا للشرط هنا اما اذا لم يشترط فظاهر ولهذا لو كذا اذا شرط ان التبن الجرل كان يكمال
لصاحب البذر بلا شرط لانه نماء ملكه والمشركة فيه لا يشترط لصحة المزارعة
وما كان ثابتا بلا شرط كان اشتراطه كعدمه وبهذا يسقط ان لفظ الكتاب
يشير الى انه لو شرط التبن لاحدهما مع اشتراط الشركة في الحب فسد
العقد وليس كذلك لما سبق لانه لو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر
صحت لانه حكم العقد واشتراط حكمه لا يفسده لانه مقتضاه كاشتراط الملك في
المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع ويحتمل ان يكون المعنى ان الفساد هنا لو كان لكان
من الشرط وهذا سكوت عنه وكلمة الشرط هنا ليس بمفسد فكيف السكوت عنه
قوله لانه حكم العقد قلت بل هو حكم مالكية البذر اذ لو كان سالما التبن كله حكم العقد
لكان اشتراط الشركة فيه على خلاف حكمه واشتراط خلاف حكم العقد كما ثبت مفسد
له واشتراطه في التبن مع اشتراطه في الحب ليس بمفسد فكانه اراد حكم العقد
ما ثبت بلا شرط كانه قال لانه ثبت له بلا شرط فكان الاشتراط في حقه كعدمه فصار كانه

الارض ومنفعة

هذا لا يجوز مقصودا لانه اجارة

بل المفسد هو الشرط الذي شرط

لم يشترط قوله ولئن كانت اجارة فالاجر مسمي فلا يستحق غيره فان قيل يشكل بما اذا استاجر
رجلا بعينه فعمل الاجر وهلكت الاجرة قبل التسليم تجب علي المستاجر اجر المثل فينبغي ان يكون
ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر المسمي بمنزلة الاجرة العين وقد هلك قبل التسليم
وانما قلنا الاجرة المسمي كالاجرة العين لانه لو لا دلة يعطي الخارج من ارض آخر
لا يجوز قلت انما يلحق الاجر المستحق المسمي ههنا بالاجرة العين في حق وجوب الاجرة
لو كان هذا في الهلاك كهو وليس كذلك لان الاجر العين هناك يهلك قبل التسليم وههنا
هلك بعده لان المزارعة قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل
قبض الفرع فيصير كالقابض للاجر من هذا الوجه والاجر العين اذا هلك بعد التسليم
لا يجب شيء آخر فكذا ههنا كذا في الشرح وقد يقال قوله والاجر مسمي فلا يستحق غيره
معناه اذا كانت التسمية صحيحة باقية اما اذا فسدت التسمية ببقاء العقد والفسخ
بالفساخه فحينئذ يستحق غيره وهو المثل دفعا للضرر عنه لانه لم يرض بعمله مجانا والاجرة
العين اذا هلكت قبل التسليم يفسخ العقد صرح به الشارح في فصل بيع المبيع قبل
القبض وبانفساخ العقد بفسخ التسمية فيستحق اجر المثل ضرورة انه لم يرض بعمله
مجانا وفي مسئلة المذكورة المزارعة التسمية باقية علي الصحة اذ المزارعة لا يفسد ولا ينفسخ
من الاصل اذا لم يخرج الارض شيئا فلا يستحق غير المسمي مع بقاء التسمية لان المنافع
انما تتقوم بالعقد وهي انما قومت بالخارج فاذا انعدم لم يجب شيء فاما ما قيل ان المسمي ههنا
بمنزلة الاجرة العين وقد هلك قبل التسليم فيقول لا نسلم ان المسمي ههنا هلك كيف
والهلاك يقتضي سبق الوجود والمسمي ههنا بعض الخارج وهو معدوم في الحال وقد رضي الموجر
به فلا يستحق غيره وذلك لان الرضا بمعدوم علي خطر الوجود رضا باستيفاء منافعه
مجانا علي تقدير عدم الوجود بخلاف ما اذا كان الاجرة عينا معينا وهلك قبل التسليم لانه
لم يرض بمنافعه الا بها فاذا لم يسلم لها بالهلك يستحق اجر المثل لدفع الضرر عنه ثم ما ذكره
الشارح من الجواب فهو غير مطرد فيما اذا كان الارض لواحد والباقي للآخر لانه لا
يجعل رب الارض قابضا له باتصال بارضه قوله وقال محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه
استوفي منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها فان قلت مقتضي هذا التعليل ان يجب
اجر المثل بالغا ما بلغ في جميع الاجارات الفاسدة ومحمد رح لا يقول به اجيب بان معناه
لانه استوفي منافعه بعقد فاسد والمسمي غير معلوم فلا يصح الحط فيجب عليه قيمتها بالغا ما بلغ
كما اذا اشترك في الاحتطاب حيث يجب الاجر هناك بالغا ما بلغ عند محمد رح بعلة ان المسمي

غير معلوم فلم يصح الحط قوله وقد مر في الاجارات اي قد مر هذا الاختلاف مع
محمد رح في كتاب الاجارات في مسئلة الاشتراك في الاحتطاب فان هناك يجب الاجر
عند محمد رح بالغا ما بلغ لان المسمي غير معلوم فلم يصح الحط وقال ابو يوسف لا يجاوز به
النصف من ذلك ولبس المراد بقوله وقد مر في الاجارات هو ان ترجيح اختلاف بيننا وبينه
في الاجارات الفاسدة فعنده يجب الاجر بالغا ما بلغ حتي يرد ما قال الشارح لان في هذه الحوالة
نوع تغيير لانه ذكر في كتاب الاجارات اذا استاجر رجل حمارا للحمل بقفيز منه فالاجارة
فاسدة ولا يجاوز بالاجرة قفيز لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن
الاجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث
الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمي هناك غير معلوم فلم يصح الحط فهذا يعلم ان محمد
عند محمد رحمة الله عليه لا تبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة ثم ذكر ههنا وقال محمد رح
له اجر مثله بالغا ما بلغ الا ان قال وقد مر في الاجارات الفاسدة وذلك يدل علي ان مذهبه
في جميع الاجارات الفاسدة ان يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك ثم لنظر وجه عدم ص
الورود علي ما ذكرنا من المعني ظاهر قوله لانها وهي انما قومت بالخارج قلت بخلاف ما اذا فسدت ١٢
ولم يخرج الارض شيئا لان المنافع فيه قومت باجر المثل لا بالخارج علي ما مر في الرطبة بخلاف
النخيل فانه لو فسد بقوله دفعها معاملة الحيوان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق عن
ذلك فهو جائز فيقع العاملة علي اول ثمر تخرج في تلك السنة الي هذا اشار ابو اللبثر
كذا في الشرح وبهذا يندفع الناقض حيث نص اولا بان بيان المدة في المعاملة ليس
بشرط ويقع علي اول الثمر في النخيل والرطبة جميعا وذكر ههنا ما يشير الي بطلان
المعاملة في النخيل والرطبة عند عدم بيان المدة وحاصله ان المذكور اخرا بيان محمول
علي ما اذا قال حتي يذهب اصولها وينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة محمول
علي ما اذا لم يكن لها جزة معلومة ولا يدوم الحمل علي هذا وان كان خلاف الظاهر
جدا ولكن يشكل الفرق بين دفع النخيل حتي يذهب اصولها وبين اجارة الدار للسكني
كل شهر بدرهم حيث يصح الاجارة في اول الشهور فقياس مسئلة الاجارة يقتضي
ان يقع المعاملة اذا دفع الاشجار حتي يذهب اصولها علي اول السنة لان قوله حتي يذهب
اصولها في قوة قولنا كل سنة قوله فحصلت الكراب قلت نعم ولكن هذه الجملة لا يقتضي
ان المنافع ~~فلا يصير~~ قوله لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد عليه الا بضرر يلزمه
قلت قال في كتاب البيع الفاسد وجمع في سقف وذراع من ثوب لانه لا يمكن تسليمه الا

الضرر فقد علل فساد البيع هناك بضرر يلزمه في المضي على العقد وعلل
ها هنا بعدم الجبر على المضي والجبر واثبات خيار الفسخ لمن يلحقه الضرر
وبينهما نوع تنافر قوله كان على المزارع اجر مثله لانه مستعمل وقد يشكل بما ١٣
من قوله ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله
الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه هذا كلامه ووجه الاشكال ان الزرع
مشترك بينهما فما من جزء من الارض الا وهو مشغول بحق صاحب الارض وانه ينافي تسليم
المعقود عليه والاجر لا يجب الا بالتسليم الا ان يقال القياس ان لا يجب اجر المثل على
العامل الا انا اوجبناه على خلاف القياس تعديلا للنظر من الجانبين قوله
لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي كابتدائه الا ابقاء صورة والا فقد نص اولا ان
العقد هنا ابقي حتى يجب العمل عليهما ولو كان ما قلنا لوجب على العامل خاصة
قوله وان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية
له عليه وذكر الامام التمرتاشي ان كل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعلا
احدهما بغير امر الاخر فمتطوع لان له طريقا وهو المطالبة كنهر بينهما امتنع احدهما
من الكري فكرى الاخر وسفينة يخاف من الغرق او حمام او طاحونة بعيب
فاصلحه احدهما او عبد حتى فدى احدهما فهو متطوع لانه يجبر الاخر ولو لم يجبر فلا يكون متطوعا كالعلو
لرجل والسفل لاخر فسقطا لا يجبر صاحب السفل على البناء فان بنى الاخر لا يكون
متطوعا لانه ليس له ولاية الجبر ولا يمكن من الانتفاع بحقه الا ببناء السفل فكان
مضطرا في بنائه فلا يكون متطوعا كذا في الشرح في مسائل شتى من كتاب ادب القاضي
ثم التعليل بقوله لانه لا ولاية له عليه غير كاف لجواز ان لا يكون له على صاحبه ولاية
ولا يكون متبرعا كما ذكرنا من الصورة التي لا اجبر على ان يفعل مع شريكه فالصواب ان
يضم مقدمة اخرى ويقول لانه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر الى الانفاق ايضا لانه
يمكنه الانفاق بامر القاضي

كتاب المساقاة

قوله بخلاف الزرع
لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف
بان بيان جنس البذر شرط في المزارعة ولا يخفى ان اوان الزرع في كل جنس
من البذر متعارف فيما بينهم في كل بلدة لا سيما في ديارنا وادراكها ايضا وقت معلوم
فلا يدخله الجهالة فينبغي ان تجوز المزارعة بلا بيان المدة ايضا وتقع على اول الزرع كما
روي ذلك عن محمد بن سلمة رضي الله عنه وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح الا ان شيخ الاسلام ذكر
في اول المزارعة ان اشتراط بيان جنس البذر قياس وفي الاستحسان بيان ما
تزرع في الارض ليس بشرط فوض الولي الى المزارع او لم يفوض بعد ان نص على
المزارعة فعلى هذا الاشكال قوله وبخلاف ما اذا دفع النخيل واصول رطبة على
ان يقوم عليها الى حتى يذهب اصولها وينقطع فانها نباتها الى حينئذ لا يجوز الا اذا
دفع النخيل واصول الرطبة على ان يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان للرطبة
جزة معلومة يقع المعاملة في النخيل على اول ثمرة تخرج وفي الرطبة على اول جزة
تخرج اما اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فلا يجوز سواء قيد بذهاب اصولها او اطلق او لم
يذكر شيئا لان في كل منهما جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخيل فانه لو قيد بقوله دفعتها
معاملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز ولو اطلق عن ذلك فهو جائز فيقع المعاملة على
اول ثمر تخرج في تلك السنة الى هذا اشار ابو اليسر كذا في الشرح وبهذا يندفع التناقض حيث
نص اولا بان بيان المدة في المعاملة ليس بشرط ويقع على اول الثمر في النخيل
والرطبة جميعا وذكر هنا ما يشير الى بطلان المعاملة في النخيل والرطبة عند عدم بيان
المدة وحاصله ان المذكور اخرا محمول على ما اذا قال حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها
وقوله اولا اطلق في الرطبة محمول على ما اذا لم يكن لها جزة معلومة ولا يبعد الحمل
على هذا وان كان خلاف الظاهر جدا ولكن يشكل الفرق بين دفع النخيل حتى يذهب
اصولها وبين الاجارة الدار للسكنى كل شهر بدرهم حيث يصح الاجارة في اول الشهور
فقياس مسئلة الاجارة يقتضي ان يقع المعاملة اذا دفع الاشجار حتى يذهب اصولها
على اول السنة لان قوله حتى يذهب اصولها في قوة قولنا كل سنة قوله لجهالة
المدة قلت نعم ولكن هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا يضر قوله ولو كان كما زعم
فالاصل في النصوص ان يكون معلولا قلت نعم ولكن لا تعلل النص الا اذا كانت
معقولة المعنى والنص الوارد في المعاملة والمزارعة معقولة الا انه استيجار ببعض ما
يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان قوله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو
استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد كما لو استاجر صباغا ليصبغ ثوبه
بصبغ نفسه على ان نصف المصبوغ للصباغ ولا يقال التعليل بكونه في معنى قفيز الطحان
يعم جميع صور المزارعة والمساقاة اذ ما من معاملة او مزارعة الا وهو استيجار ببعض ما يخرج
من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان فينبغي ان يفسد كما هو مذهب ابي حنيفة رح لانا نقول القياس
يقتضي كذلك الا انا جوزنا المزارعة والمعاملة بالنص ولا نص في مثل هذه الصورة فبقي على

فلما كانت الامر كذلك اي يراد به الجمع مرة والاقل اخرى حمل على الجمع هنا احتياطا
في موضع الحرمة من اليمين وغيره الاحتياط في العمل بالاقل وكذلك في شهادة النساء
في الموضع الذي لا يستطيع الرجال النظر اليه الاحتياط في قلة النظر فيحمل على
الاقل ولان هذا الجمع وهو الاوداج على طريق التغليب للحلقوم والمري والودجين
فلم يكن نظير ساير الجموع من العبيد والنساء لان افرادها ليست بمتجلة
فكان كل واحد منها مرادا عند دخول الالف واللام بخلاف ساير الجموع كذا
في الشرح وفيه نظر لان الاحتياط لو كان في قلة النظر لما كان
الاثنان او الثلث في شهادة النساء احوط وقد مر في الشهادات ان المثنى
والثلث احوط في شهادة تجوز لما فيه من معنى الالزام فكان ينبغي ان يحمل
على الجمع احتياطا توضيحه ان ما ذكر الشارح من الاحتياط في قلة
النظر يقتضي ان يحمل على الاقل وما ذكرنا من الاحتياط في العدد لما فيه من
معنى الالزام يقتضي ان يراد به الجمع ومقتضى اللفظ هو الجمع فينبغي
ان لا يترك مقتضاه بالشك وايضا من التفرقة بين ما هو جمع على سبيل ماذكر
التغليب وما هو جمع على الحقيقة نحو النساء مما لا يعقل له معنى اذ الدليل
المذكور في الاصول لبطلان معنى الجمع بدخول اللام لا يفرق بين جمع
وجمع فقد ذكر في البزدوي ان هذا النوع اي الجمع المعرف يصير مجازا
عن الجنس اي عبارة عنه اذا دخل اللام المعرفة لان اللام المعرفة للعهد
ولا عهد في اقسام الجمع فجعل للجنس ليستقيم تعريفه وفيه معنى الجمع ايضا
لان كل جنس يتضمن الجمع فكان فيه عمل بالوصفين ولو حمل على حقيقته بطل
حكم اللام فصار للجنس اولى هذا لفظه ثم جاز ان يقال اللام في قوله افر
الاوداج ان كان للجنس وهو ان كان يتناول الاقل فهو يحتمل للكل ايضا فهنا
حمل على الكل بدلالة ان المقصود من فري الاوداج اخراج الدم النجس وتمييزه
عن اللحم الطاهر وهذا المقصود لا يتاتى الا بارادة كل الجنس وهو الودجان والمري
ولكن المصنف رحمه الله عليه تساهل في العبارة لما لم يختلف الجواب هنا في ارادة الجنس وفي يختلف
حمله على الجمع فذكر وهي اسم واقله الثلث الذي ثم الاظهر ان يقال في فرد ما في
الكتاب ان اللام في قوله عليه السلام افر الاوداج لا يمكن ان يجعل للعهد لعدم
المعهود ولا للجنس المبطل لمعنى الجمع بكون التقدير افر الودج اما الفرد الحقيقي

ص او الحكمي لا سبيل الى واحد منهما اذ الحقيقي وهو احد الودجين والحكمي وهما الودجان
انهار المتصل بقطعها ما هو المقصود من انهار الدم وازهاق الروح ~~المتصل يقطعها~~ فاحتجنا
الى جعل اللام زايدة كانه قال افر اوداجا فلا بد من رعاية معنى الجمع واقل ثلث هو
والودج فردان لا غير فلا بد وان يضم معهما فرد اخر تحقيقا لمعنى الجمع غير ان
المري اشبه من بالودج من الحلقوم فاعتبر من الاوداج تغليبا ولما صار المراد به
الثلثة يوجب قطعها عبارة وقطع الحلقوم اقتضاء لان قطع الثلثة المذكورة لا
لا يمكن الا بقطع الحلقوم قوله فانه اي الحلقوم مجرى العلف والماء والمري مجرى
النفس هكذا ذكر في المري والكلام اداب وثان ولما كان الحلقوم المري مجرى الطعام
والشراب كان الحلقوم مجرى النفس ويؤيده قوله تعالى حتى اذا بلغت الحلقوم والله
اعلم قوله والتوجيه بالمهاملة الاسراع قوله لان الاكثر يقوم مقام الكل اي الاكثر
في مواضع الاحتياط او المراد الاكثر الحكمي وهو النصف له حكم الاكثر موضع الاحتياط او
المراد الاكثر من جملة المشروط وهو الثلث قوله وانما يدخل في البيع تبعا لجوازه اي
انما يدخل لانه لو لم يدخل يكون في معنى المستثنى واستثناء الجنين يفسد بيع الام
كذا في الشافعات وفيه نظر لما مر في المزارعة ان المفسد هو الشرط اما المسكوت
عنه فليس بمفسد فالاستثناء وان كان شرطا فاسدا فهو انما يفسد البيع اذا تكلم
بالاستثناء اما لو سكت عنه فلا وان خرج الحمل من البيع وايضا البيع انما يفسد باستثناء
الجنين لان استثناءه على خلاف موجب العقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان
لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناول الاطراف فالاستثناء يكون على خلاف الموجب
الى هذا اشير في البيع الفاسد فعلى هذا لو كان دخول الجنين باعتبار انه لو لم يدخل لفسد
بالاستثناء هو كذا لما قاله من انه جعل جزء للام حكما فللبيع جوابا لهما وايضا لو كان
دخوله في البيع لما ذكر المصنف رحمه الله عليه لا لكونه جزءا للام حكما لكونه لكان ينبغي
ان لا يدخل في الوصية عند الاطلاق بالام اذ الوصية لا تبطل بالاستثناء قوله ويعتق باعتبار
باعتاقها لئلا ينفصل من الحرة والرقيق يعني ان عتقه عند اعتاق الام بطريق السراية عن
الام والسراية مخصوصة بالصفات الشرعية وكونه مركبا من الصفات الحقيقية كذا في الشافعات قلت
هذا يشكل بما اذا تزوج عبد امة الآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق
حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا لانه اضاف الاعتاق
الى جميع اجزائها والولد جزء منها فيعتق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب وان اعتق

وكذلك اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق وان ولدت بعد عتقها لاكثر من
ستة اشهر وولادة لموجب الام لانه عتق تبعاً للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتحقق في الولاء
ولم يتحقق بقاعه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصوداً فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي
الام لان العتق هنا في الولد ثبت تبعاً بخلاف الاول هكذا ذكر في كتاب الولاء فظهر ان الحمل يعتق
باعتاق الام مقصوداً من حيث انه جزء من اجزائها كما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الا انه يعتق باعتاقها
كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق اذ لو كان الامر كذلك لو كان عتق الولد بطريق التبعية فيما
اذا اعتق حاملاً وولدت لاقل من ستة اشهر فينبغي ان ينتقل ولاء الولد الى موالي الاب ان اعتق كما
ينتقل فيما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر والمسألة بخلافه كما ذكرنا والله اعلم ثم ذكر في الكافية
والمراد بالحديث التشبيه لتحالف النيابة اي ذكوة الجنين كذكوة امه كقوله فعيناك عيناها وخدك خدها
ولو كان المراد ما قولان العاد ذكوة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير هذا كلامه **قلت** وهذا
التاويل يرده ما ذكر في المصابيح عن ابي سعيد الخدري قال قلنا يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة
فنجد في بطنها الجنين انلقيه ام نأكل قال كلوه ان شئتم فان ذكوة امه ومن اراد تاويل هذا الحديث
بان المراد تاويل هذا الحديث بان المراد كلوه بعد الذكوة فان لا ذكوة لامه في افادة الحال فقد ~~خفق~~
قوله ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا كل ذي مخلب من الطير
قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادي عادة الفرق بين
الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور وكما كان اسم
السبع شاملاً على القبيلتين فسر السبع بهذين الوصفين ادخالاً لكلا قسمي السبع لما جمع بين الوصفين
بقوله كذا في الزيج قلت لو كان المقصود بذكر هذين الوصفين ادخال قسمي السبع لما جمع بين الوصفين بقوله
كل مختطف منتهب لان ذلك يشعر بان هذين الوصفين من الحقيقة السبعية وليس كذلك بل المختطف غير
المنتهب سبع وكذا المنتهب غير المختطف فالصواب ح ان يقول السبع كل جارح قاتل عادي عادة
مختطفاً او منتهباً **قوله** ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم وبقاؤهم لكان حلاً في
الازمنة كلها اذ الادمي مكرم في جميع الازمنة وقد مر في اول الكتاب ان اكل السبع كان حلالاً ثم
حرم وايضاً لو كان النهي للكرامة لكان لنا فيلزم ان يكون للتنزيه اذ لو كان للتحريم لصار النهي علينا فيعود على موضوعه
بالنقض الا ان يقال ان تكريم الادمي ثبت حقاً لله تعالى ايضاً اذ الادمي بنيان الرب فهذا لو رضي الانسان بما فيه اهانته
لم يحل **قوله** الرخم والبغاث في الصحاح الرخم طائر ... البغاث بثلث لغات نوعي از مردار
خوار ... التوفل ... خواجيلد ... ومن قوله الغداف بالعين
المعجمة ... فوله والزنبور من الهوام ... كنت اطراف العقرب ... سعة من الزنبور فاذا
فوله ولا ... بالعوائد ... في كتاب ... في ازالة الطهارات النجسة

والدماء السائلة وهي النجسة دون ذات اللحم والحلال فاذا زالت طهرت كما في الدباغ **وفيه**
بحث لما مر في فصل الاسار من كتاب الطهارات ان سور سباع البهائم نجس عندنا فلو كان لحمه
طاهراً في ذاته كما اشار اليه هناك لما كان سوره نجساً اذ السور معتبر باللحم طهارة ونجاسة ثم المصنف
علل نجاسة سور سباع البهائم بقوله لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب فثمة
صرح بنجاسة اللحم وهنا صرح بان النجس هي الدماء السائلة دون اللحم وهو تناقض وقد يفرق بين الباب و
المأكولات ان الرطوبات في المأكولات ظاهرة باعتبار طهارة اغذيتها وفي السباع نجسة باعتبار نجاسة
ما تجتلب بها فيكون لحوم المأكولات ظاهرة لعلم اختلاطها بالرطوبات النجسة فكان سور المأكولات ظاهراً لتولدها
من اللحم الطاهر وسور سباع البهائم نجسة لتولدها من اللحم النجس وبهذا يظهر وجه التوفيق بين كلاميه فتامل
قوله واكل الضب لما روي عن عائشة رضي الله عنها انه اهدي لها ضب فسألت رسول الله عليه
السلام عن اكله فكرهه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتطعمين ما
لا تأكلين واللحم ان يقول المراد بالكراهة كراهة طبيعية بدليل ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان خالد بن
الوليد اخبره انه دخل مع رسول الله عم على ميمونة وهي خالته فوجد عندها ضباً محنوذاً فقدمت الضب لرسول
الله عليه السلام فرفع رسول الله عليه يده عن الضب فقال خالد احرام الضب يا رسول الله قال لا ولكن لم يكن
بارض قومي فاجدني اعافه قال خالد فاجتررته فاكلته ورسول الله ينظر الي وعن ابن عمر قال النبي عليه السلام
الضب لست اكله ولا احرمه وما روي عن عبد الرحمن بن شبل ان النبي عليه السلام نهى عن اكل لحم الضب محمول
على نهي التنزيه رداً للمحتمل على المحكم وانما يرجح المحرم عند تساوي الدليلين في القوة وكذا ما روي عن ابن عمر
قال قال رسول الله عليه السلام وددت ان عندي خبزة بيضاء من برة سمراء ملبقة اي مخلوط اللبن والسمن
ولبن فقام رجل من القوم فاتخذه فجاء به فقال في اي شيء كان هذا قال في عكة ضب وعاء يتخذ من جلده قال ارفعه
قوله وينتفع به في غير الاكل **قلت** هذا النفع ليس كما ينبغي لانه كما لا ينتفع به في الاكل لا ينتفع به في
البدن ايضاً والمسألة مبائنة في الكراهة فكان الاولى ان يقول وينتفع في غير الاكل وغير البدن **كتاب
الاضحية** **قوله** الا ان الشراء للتضحية لا يمنع البيع في المبسوط واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى
مثلها فلا باس بذلك لان بنفس الشراء لا يتعين الاضحية قبل ان نحرها وفي بعض الحواشي ان المسألة في الحي
حيث لا يجب عليه عينها فيجوز ان يبيع تلك البقرة ويشتري بقرة اخرى ويضحي بها **قوله** الا ان التاخير
لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي **فان قلت** اذا كان المضحي في
السواد مكيفاً والمضحى في المصر فانها لا تجوز قبل الصلوة ولا تشاغل به عن الصلوة لعدم وجوبها على المضحي
قلت في هذا الوجه ان كان لا يحتمل التشاغل به عن الصلوة في حق المضحي فلا يحتمل في حق النائب
الذي يذبح عنه نعم يشكل بان التاخير اذا كان واجباً لاحتمال التشاغل به عن الصلوة كان وجوبه لحق

في غيره منفصل عنه وجوب التاخير لمعنى في غيره منفصل لا يمنع صحته المنفعل به كالبيع عند الاذان لما كان
حراما لغيره يتحقق اذا باشره عنه ولا يكون فاسدا ولذا شاة الغير فانه يحل وان كان الذبح حراما لان الحرمة
لمعنى في الغير فلا يعدم الحل ولا يضعف التحليل بمقابلته النص فلا يختبر قال عليه السلام من ذبح قبل ان نصلي فانما
هي شاة لحم عجله لاهله وليس من النسك في شيء **قوله** قبل مضي ايام النحر انما قيد بمضي ايام النحر ليكون
سقوط مضافا الى هلاك المال لا بعد مضي ايام النحر يسقط وان كان المال قائما لفوات القرب كذا في الحاشية
وفي فتاوى قاضيخان ان موسرا اشترى شاة للاضحية فلم يضح حتى مضت ايام النحر كان عليه ان يتصدق بعينها او
بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية وهذا تصريح بعدم السقوط بعد مضي ايام النحر وكذا ما ذكر المصنف بعد هذا من
قوله واذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة يقضي بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز
فدية ايضا تصريح بانها لا يسقط بعد مضي ايام النحر والله اعلم **قوله** وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها يسقط
بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب وههنا بحث لما ذكر الشارح في اول هذا الكتاب ان
التضحية انما تجب في اخر ايام النحر حتى لو ولدت المراة ولدا بعد النحر لا تجب الاضحية لاجله ولو مات الولد في
وسط ايام النحر لا تجب الاضحية ولذا الكافي اذا مات من هو اهل لوجوب التضحية لان الوجوب بالذات في اخر الوقت وهذا
لان وقت الاضحية كوقت الصلوة من حيث ان سبب كل منهما الوقت فيكون المعتبر في حق وجوب الاضحية اخر الوقت
كما في الصلوة فعلى هذا لو هلك المال قبل مضي ايام النحر لا تجب عليه الاضحية اصلا لا لعدم شرطه وهو اليسار
عند سبب الوجوب وهو اخر ايام النحر لا يرى انه يبطل بالموت ايضا لانه يجب شاكرا ثم يسقط بهلاك النصاب كالزكوة
تجب بمضي الحول شاكرا حتى لا يبطل بالموت ثم يسقط بهلاك النصاب فلا يكون في معنى الزكوة بل في معنى صدقة
الفطر من حيث ان كلا منهما لا يسقط بعد تاكد الوجوب الا يرى ان الشارح قال ان الاضحية تجب بالقدرة الممكنة
كصدقة الفطر حتى من اشترى شاة للاضحية في ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر فافتقر كان عليه ان يتصدق
بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية ولو كانت القدرة ميسرة لما اشترط دوام القدرة كما في الزكوة والعشر فيكون
الاضحية كصدقة الفطر دون الزكوة في صدقة الفطر يعتبر مكان المودي لا مكان **الولد** والدقيق على
ما عليه الفتوى **قوله** وفي الاخبار تعارض وقد يقال لما رواه الشافعي رحمه من قوله عليه السلام ايام التشريق
كلها ايام ذبح معارض لما كان التاكيد بكلها وما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم قالوا ايام النحر ثلاثة نص
والمفسر راجح وايضا في قوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح بعبارته يقتضي ان يكون اليوم الخامس يكون الولد
~~بعد ايام النحر وهو اليوم الثالث عشر~~ الرابع وهو الثالث عشر يوم ذبح وقولهم رضي الله عنهم ايام النحر ثلاثة بالاشارة
يقتضي ان لا يكون الثالث عشر يوم ذبح لان ذلك ثبت بضرورة التقدير بالثلث وما ثبت بالضرورة ثابت بالاشارة
ولا تعارض بين العبارة والاشارة اللهم الا اذا قيل المراد بما روى الشافعي رحمه وبما ذكره الكافي من قول النبي
عليه السلام ايام النحر ثلثة اولها افضلها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم يجز التضحية بعده **قوله**

قوله ما في المتن وهو لا قبل قلت
قد عارض الاخبار في وقت الظهر وقد يرد
فيه الاقل المتيقن لما قال ابو حنيفة رضي الله عنه
حال ان ادنى وقت الظهر وقد حل وقع
الشك في خروجه عند صيرورة ظل كل شي مثله
والشرط لا يترك على ما ثبت الا باليقين وهذا
هو اولى لا صحيح وقت الاضحية عند الشك

ايام

ويجوز الذبح في لياليها اي لياليها ايام النحر ظاهره يتناول الليلة العاشرة من ذي الحجة فيتوهم بجواز الذبح
فيها وليس كذلك لان المراد بالليالي ما فوق الواحد وهما الليلتان والمصنف قد مثله في العبارة اعتمادا على ما
ذكرنا ولان وقت التضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر وان التضحية قبل الصلوة عشر جائزة فهذا كله يدل
على عدم جواز الذبح في الليلة العاشرة **قوله** والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية فقيرا كان المضحي
او غنيا وقوله لانها تقع واجبة اذا كان غنيا وسنة اذا كان فقيرا وقوله لانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يوتى في الاوقات كلها دليل في حق الفقير
على طريق اللف والنشر **فان قلت** ما معنى فضيلة التضحية من التصدق في حق الغني وانها واجبة
عليه **قلت** جاز ان يسمى الواجب بل الفرض افضل كما يقال صوم رمضان في وقته افضل من قضائه لما اكثر ثوابا
منه ولا شك ان التضحية لكونها واجبة اكثر ثوابا من التصدق لكونه تطوعا **قوله** تصدق بها حية ولا شي عليه
المضحي لو تصدق بقيمتها يجوز ايضا لان الواجب هنا تصدق بعينها والتصدق بقيمتها فيما هو المقصود كذا في الذخيرة
نقل الشارح **قوله** وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا لا يقال قد ذكر انفا ان الشراء للتضحية
لا يمنع البيع فلو كانت التضحية واجبة بالشراء بنيتها لا يمنع بيعها لانا نقول ما ذكر وان لم يمنع البيع لا يمنع بالشراء للتضحية
محمول على الغني او على قوله من يقول انها لا تجب على الفقير بالشراء بنية التضحية ما لم يوجبها على نفسه نقله ذكر
الزعفراني عن اصحابنا انه لا تجب لان الغير انما يلزم بالشروع او النذر ولم يوجد واحد منهما ثم الاصل في وجوب التضحية
على الفقير بالشراء بنيتها ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام او الى غيره دينارا ليشتري
بها اضحية فاشترى وباعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
واخبره بذلك فقال عليه السلام بارك الله في صفقتك وامره ان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار ففيه دليل على جواز
بيع الاضحية وعلى انها تتعين بمجرد النية حيث امر بالتصدق بالدينار كذا في الشافعي **قلت** الامر بالتصدق
بالدينار لا يصلح دليلا على وجوبها بالشراء لجواز ان يكون ذلك باعتبار انها صارت بالشراء بنية التضحية مخلصة للقربة فكره
بيعها فلما باعها امر بالتصدق بثمنها لما في بيعها من الكراهة لا انها واجبة عليه بالشراء الا يرى انه لو باع جلد الاضحية
بالدراهم تجب عليه التصدق بها للكراهة في هذا البيع مع ان التصدق بالجلد عينها لم يكن واجبا عليه **قوله**
كالجمعة يقضي بعد فواتها ظهرا هذا انما يستقيم على قول زفر رحمه لان الجمعة عنده هي الفريضة اصالة والظهر
كالبدل عنها واما على قول علمائنا الثلثة فلا لان اصل الفرض عندهم هو الظهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة
اللهم الا ان يقال الظهر وان كان اصلا الا انه لصورة الخلف فجاز ان يسمى قضاء نظرا الى الصورة **قوله** والصوم
بعد العجز فدية جعل ابن الهمام التصدق بالقيمة يجب خلفا عن التضحية كالفدية يجب خلفا عن الصوم وهو مخالف
لما عليه ائمة الاصول فانهم صرحوا بان التصدق بالشاة او بالقيمة لا تجب باعتبار قيامه مقام التضحية بل باعتبار
احتمال ان الاصل التصدق في ايامها اذ التصدق هو المشروع في باب المال وقد عرف التحقيقة في موضعه **قوله**
قيل هو الرجوع منه الى قول ابي يوسف رحمه وقد دل عليه مسئلة السلم وهي ما اذا وجد المسلم اليه بعض راس المال

دليله في حق الغني

نفسها مثل التصدق

تصور

بعض

اصلها منها قيامه مقام الاضحية

ربعا بعد ما ابرنا فرده واستبدل به الجاد في مجلس الرد لان كان المردود قبل ابلاصه وان كان كثيرا بطل
عند ابي حنيفة رضي الله عنه والقليل عند ابي حنيفة رضي الله عنه ما دون النصف والكثير ما فوقه وفي
النصف عنه روايتان كذا في الكافي في باب السلم **قوله** لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعز احدكم
فليذبح الجذع من الضأن وهذا الحديث وان كان يدل على جواز الجذع من الضأن حالة العسرة فقوله عليه السلام
نعمت الاضحية الجذع من الضأن يدل على جوازه مطلقا حالة اليسار والاعسار والمطلق يجري على اطلاقه
قوله والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على
الشاة يضحى بالولد **قوله بحث** لا عرف لان سؤر البغل كسؤر الحمار وعللوه بانه من نسل الحمار فيكون
بمنزلته فقد اعتبروا جانب الفحل في حكم السؤر فليعتبر جانبه في حكم الحل وصحة التضحية به ايضا او يعتبر جانب
الام في حكم السؤر كما اعتبر جانبها في حكم الحل وجوابه قد ذكرنا في فصل الآسار **قوله** ولو باع الجلد او اللحم
بالدراهم او بما لا ينتفع الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله **واعترض** بانا لا نسلم ان القربة اصلا
اذ التقرب حصل بالاراقة والصدقة بعدها تطوع محض ولئن سلم فللبدل حكم المبدل فينبغي ان لا يحل من بيع ايضا
بمعنى القربة في اللحم وللبدل ان كان حكم المبدل ولكن لو فتحنا هذا الباب لا نفتح باب التمول وانه منهي عنه كذا
في الحاشية الحاشية وذكر في المبسوط في تعليل وجوب التصدق بالقيمة بعد مضي ايام النحر لا التضحية يتقرب بشيئين
اراقة الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو الاراقة لانها لا تكون قربة الا في مكان مخصوص وهو الحرم
او زمان مخصوص وهو ايام النحر وقدر على الآخر فياتي بما قدر عليه فقد افرح بانه يتقرب باللحم ايضا كما يتقرب
بالاراقة غير ان الشارع لم يعتبر معنى التقرب باللحم في حق الاكل فبقي معتبرا في حق التمول بالبيع وغيره فاذا باعه بالدراهم
فقد تمول وهو في حق التمول قربة فينتقل معنى القربة الى البدل وهذا هو التحقيق في قوله لان القربة انتقلت
الى بدله وتوضيحه ان الاصل في سائر العبادات المالية هو التصدق بالمال الا ان الشرع نقل من تمليك العين او القيمة
الى الاراقة لتطيب الطعام فان الناس اضياف الله تعالى بهم العيد ومال الصدقة يعير من الاوساخ فلا يليق بالكريم
ان يضيف بالطعام الخبيث فنقل القربة عن الشاة الى الاراقة لينتقل الخبث الى الدماء فبقي اللحوم طيبة فاذا كان
انتقال القربة الى الاراقة بضرورة تطيب اللحم لا يظهر الانتقال الا في الاكل فبقي في حق التمول على الاصل
وهو القربة فاذا باعه ينتقل الى بدله فيتصدق به **قوله فلنا** يحمله سمعان اخوان ضيروريته
صحبها لما عينه وكونه محلا لترتيب وهذا في حق الغني ظاهر لان التضحية بعين الشاة المشتراة لها غير مستحق
عليه بل هو مندوب الا في حق الفقير فتسميته مستحبا مشكل لما ان التضحية بعين الشاة واجب عليه ولكن
يعينها حقيقة او حكما وذلك بان اشترى اضحية وباعها واشترى مثلها او خيرا منها جاز اما التضحية بعينها حقيقة
فليس بواجب عليه بل هو مندوب اليه **قوله** ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته
لانه ملكها بسابق الغصب وهذا عند لما ذكر في الكافي والشرح وغيرهما من الزوج ان الملك في المضمونات يثبت مستندا

في حق الضامن والمضمون الا في حق غيرهما حيث قالوا في مظاهر عتق لضف عبد مشترك بينه
والكفارة فضمن قيمته باقيه لشريكه ولم يجز عن كفارته عند ابي حنيفة رحمه الله وعللوه بان نصيب
صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة ثم اعترضوا على هذا
التعليل بان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فكان نصيب
الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه واجابوا عنه بان الملك
في المضمونات يثبت نصفه الاستناد في حق الضامن والمضمون الا في حق غيرهما والكفارة في حق
غيرهما فلم يجز هذا ما ذكروا ولا يخفى ان التضحية ايضا غيرهما كالكفارة فينبغي ان لا يظهر في حق
الكفارة **وجوابه قد مر قوله** بخلاف ما اذا اودعه شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم
يثبت الملك له الا بعد الذبح **فان قلت** بيع المودع يصح عند اداء الضمان مع انه يملكه بالتسليم
والبيع سابق عليه **قلت** قد ذكرنا ان الناقل بين المودع ومشتريه هو البيع الذي يتحقق بينهما بالتعاطي
عند قبض المشتري لا البيع القولي السابق على التسليم الذي هو الموجب للملك عند اداء الضمان نعم يشكل
بان الذبح لانه لا يعري عن مقدمات هي تعدي في الوديعة كشد رجليها واضجاعها على الارض بكرهها
وغيره لك مما هو ليس من باب الحفظ والتعدي في الوديعة سبب الضمان فكان الملك سابقا على
الذبح فينبغي ان يجوز عن اضحيته عند اداء الضمان اللهم الا ان يقال مقدمات الذبح ملحقة به حتى
لو اضجعها فاضطربت فتعيبت لا يمنع التضحية اجزأه استحسانا لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح
فكان حصله حكما فيكون الاعتبار في وجوب الضمان للذبح لا لمقدماته **كتاب الكراهية قوله**
وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله الى الحرام اقرب ومعنى القرب الى الحرام انه يتعلق به محذور
دون استحقاق العقوبة بالنار لكن ما تركه لا يحرم الشفاعة فترك الواجب حرام يستحق العقوبة بالنار
وترك السنة المؤكدة قريب من الحرام يستحق به حرمان الشفاعة لقوله عليه السلام من ترك سنتي لم ينله
شفاعتي لكن ان التلويح ولا يقال ترك الجماعة في الصلوات الخمس يوجب استحقاق العقوبة بالنار فقد سئل
ابن عباس عن رجل يقوم بالليل ويصوم بالنهار ولا يحضر الجماعة فقال هو في النار والجماعة سنة مؤكدة
لانا نقول جاز ان يكون الجماعة فرضا عند ابن عباس رضي الله عنه كما هو مذهب البعض او هو محمول على الترك استخفافا
بان لا يراه سنة **قوله** واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه اي اخذ حكمه في الطهارة في النجاسة ان
كان اللحم طاهرا فاللبن طاهر وان كان نجسا فنجس ولحم الاتان نجس فكذا لبنه والنجس واجب الاجتناب
فلا يحل شربه فعلى هذا لا يرد لبن الفرس من حيث ان لحمه حرام ولبنه مباح على ما قيل فلم ياخذ اللبن
حكم اللحم وذلك لان اللبن يأخذ حكم اللحم في حكم الطهارة والنجاسة لا في سائر الاحكام لجواز ان يثبت الحرمة
في اللحم بدليل لا يوجد في اللبن كتقليل آلة الجهاد فانه علة حرمة لحم الخيل ولا يوجد هذه العلة في اللبن

لصلاة الجنازة وواجبة الاقامة **فان قلت** كيف تأتى السنة على الواجب والواجب لولم يترك
لفوته لما اقترنت به من المحضة الا يلزم ان لا يترك السنة بسبب ما اقترنت به من المحضة لضعفها قلنا نعم الا ان
هذه السنة في قوة الواجب فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب فيثبت الحكم فيها بطريق الدلالة
كذا في الشرح **وفيه نظر** لان من شرط الدلالة ان يكون غير المنطوق اقوى من المنطوق او مثله
والسنة وان كانت في قوة الواجب فلا يبلغ درجة الواجب فلا يثبت الحكم فيه بالدلالة **قوله** وللرجل
للرجل لبس الحرير وفي القنية قال برهان الائمة صاحب المحيط لبس الحرير فوق الدثار انما يكره عند ابي
حنيفة رحمه الله لانه اعتبر حرمة استعمال الحرير اذا كان يتصل بجلده حتى لو لبس فوق قميص من غزل ونحوه
لا يكره عنده قال رضي الله عنه في هذا رخصة عظيمة في موضع عم به البلوى ولكن طلبت هذا القول
عن ابي حنيفة رحمه الله في كثير من الكتب فلم اجد سوى هذا قال شمس الائمة الحلواني ومن الناس من يقول
انما يكره اذا كان الحرير يمس الجلد وما لا فلا وعن ابن عباس انه كان عليه جبة من حرير فقيل له في ذلك
فقال اما ترى ما يلي الجلد وكان تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ما ذكرنا ان الكل حرام وفي شرح
الجامع الصغير للبزدوي ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال ومنهم من قال حرام للنساء ايضا
وعامة الفقهاء انه يحل للنساء دون الرجال كذا في بعض الحواشي وذكر هشام عن محمد رحمه الله انه لم يكره لكل الناس
المرتفعة بانا فانه خرج عليه السلام ذات يوم وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم ودخل رجل من
اصحابه عليه السلام وعليه رداء من حرير فقال عليه السلام اذا انعم الله على عبد احب ان يرى اثار نعمته كذا في
الذخيرة وقيل النبي صلى الله عليه وسلم البس روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يلبس قميصا عليه كذا كذا رقعة
فقال انما فعل عمر رضي الله عنه كذلك لحكمة وهو انه كان امير المؤمنين فلو لبس ثيابا بجيدة واخذ لنفسه العمائم
الاطعمة فعماله وخدمه يفعلون به في ذلك وربما لا يكون لهم مال فيأخذون من المسلمين كذا في الشرح **قلت**
ما روي عن عمر رضي الله عنه وغيره من الائمة انهم كانوا يلبسون الرقعات ففيه لطيفة اشار اليها الشاعر
بقوله ترى الثياب من الكتان يلمحها نور من البدر احيانا فيبليها فكيف تنكر ان تبلى معاجرها والبدر
في كل وقت طالع فيها وقال اخر لا تعجبوا من بلى غلالته قد زر ازراره على القمر **قوله** وان القليل
من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال يعني ان القليل من المتعمل لما كان معفوا
فكذا القليل من الاستعمال على وجه الاهانة كما في التصاوير على البساط والنوم عليه قليل لانه ينتقل
على احد جوانبه الاربعة كذا في الشامان وفي الشرح فكان هذا نظير النجاسة فان قليلها عفو في زمان كثير
فيكون كثيره عفوا في زمان قليل **قوله** والجامع كونه نموذجا النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نمونه
ومراده يعلم به المقدار لذة ما وعد له في الاخرة منه ويرغب في تحصيل سبب يوصله اليه كذا في الشرح وفيه
بحث لان اباحة القليل من الملبوس لمعنى النموذج يفضي الى اباحة القليل من اللبس والاستعمال

النموذج

فصل في اللبس

ملاحظة صورة ولبوسف ؟ اعتبر المعنى بعض اللباس
رضي الله عنه هذا مصرح منه ان عنده احسم يعني البطانة
لا يكره لبس الحرير اذا لم يتصل

فيبقى على الاباحة **فان قلت** قد مر في فصل الاسار ان لبن الاتان طاهر ليس بمحمل رحمه الله على
طهارته اجيب بان فيه روايتين والمذكور هنا على احدهما **قوله** لانه ما كان من عادتهم التفاخر
بغير الذهب والفضة فيه اشارة الى انه لا بأس بالاستعمال انية الحديد والصفر وغير ذلك مما هو ليس
بذهب ولا فضة وهكذا منصوص في الطحاوي حيث قال كل اناء من غير الذهب والفضة فليس يكره
الاكل فيه والشرب منه لوجه من الوجوه للرجال والمرأة كالحديد والصفر وما اشبه ذلك مما ينتفع
الانتفاع به **فان قلت** كيف انتفى التحريم بانتفاء التفاخر وهل هذا الا تكذيب كل فريق
صاحبه اجيب بان التفاخر الفقراء منهم ثابت بهذه الاشياء ولا يتفاخر بها ملوكهم فالتحريم لو اعتبر نفس
التفاخر ونحن نعتبر تفاخر الكل او تفاخر الملوك والجبابرة **قوله** وفي ظاهر الرواية
هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال الشارح وهو الاصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري
الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدالة واذا ثبت ان العدالة شرط قلنا ما كان شرطا لا يكتفى
بوجوده ظاهرا لكن قال لعبده ان لم يدخل الدار اليوم فانت حر ثم مضى اليوم فقال العبد لم ادخل
وقال المولى دخلت فالقول قول المولى لان علم الدخول شرط فلا يكتفى بثبوته ظاهرا النزول العتق
لم لفظ **وفيه بحث** لما سبق اليه الاشارة في الكتاب والتصريح به في الشرح في كتاب الشهادة
ان الظاهر في حق ثبوت العدالة قائم مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان للوصول الى القطع وذلك
انه لو لم يكتف بظاهر العدالة يحتاج الى تزكية المزكي ويقبل قول المزكي ايضا عملا بالظاهر ان المزكي
صادق فلو لم يكتف بظاهر العدالة يجب ان لا يكتفى بظاهر عدالة المزكي ايضا وهلم جرا **قوله**
لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم اضاف العصيان الى
نفسه فدل انه لترك متابعة خاصة اذ لو كان واجبا لما اضاف عصيان تاركه الى نفسه فقط ولكن
روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله وعن
عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله وعنه ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي احدكم الى الوليمة فليأتها وفي رواية فليجب عرسا كان او نحوه
وعن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم الى طعام فليجب فان شاء طعم وان شاء
ترك فهذه الاحاديث كلها دالة على وجوب الاجابة وفي النواوي لا خلاف في ان اجابة الدعوة مأمور بها ولكن
هل هو امر ايجاب او ندب الاصح في مذهبنا انه فرض عين على كل من دعي لكن يسقط بالاعذار والثاني
انه فرض كفاية والثالث انها مندوبة هذا في وليمة العرس اما غيرها ففيها وجهان لاصحابنا احدهما انها كوليمة
العرس والثاني ان الاجابة اليها مندوب ونقل القاضي اتفاق العلماء على وجوب الاجابة في وليمة العرس
وقال بعض اصحاب الظاهر يجب الاجابة الى كل دعوة من عرس وغيره وبه قال بعض السلف **قوله**

كتبه

دلالة اللفظ الحديث على هذا السبب بوجه اللهم لان يختص الناكح **قوله** والحرمة
لانه كان في حالة الحيض ويشكل بما لو زوج المولى مكاتبته الصغيرة توقف على اجازتها فلو عجزت
بطل النكاح لانه طرا على الحل الموقوف حل بات كذا في الكافي في باب نكاح الرقيق فلو
كانت حرمة المكاتبة كحرمة الحائض وجب ان لا يبطل النكاح الموقوف عند العجز كما لا يبطل
بزوال الحيض بان تزوجت امة حائضة بغير اذن مولاها ثم طهرت قبل الاجازة لا يبطل
النكاح كذا هنا وايضا جعل المصنف ره الكتابة كالاعتاق والتزويج فيما اذا كانت لو جعل اثنان
احدهما قبلها على ما سياتي ان شاء الله وذا ايضا دليل على ان الحرمة الثابتة بالكتابة ليست كالحرمة
الثابتة بالحيض وذلك ان الكتابة تزيل ملك المتعة والحيض وان كان يحرم الانتفاع بها
نعم لا يزيل الملك **قوله** وعن محمد ره انها لا تحرم لانه لا يحتمل وقوعها في غير الملك
يشكل لان احتمال وقوعها في غير الملك وان لم يثبت في المبيعة فانها هنا الى الوطي الحرام
موجود لانه محرم ايضا كما في الاعتكاف والاحرام والظهار **قوله** لانه لو ظهر بها حبل
لا يصح دعوة الحربي وهو مشكل لما مر في كتاب النكاح انه ان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد
لانه ثابت النسب اي من زوجها لان النسب يثبت في دار الحرب كما في دارنا وما ذكرها هنا من قوله لا يصح دعوة
الحربي يؤدي الى ان النسب لا يثبت من الحربي اذ لو ثبت منه لصحت دعوة فكانه اراد انه لا يصح دعوة
الحربي بحيث تعود الحاملة بدعوته الى ملكه الذي كان له بالنكاح او بملك اليمين كما يعود المشتراة
بدعوة البائع الى ملكه فينظر ان الداعي كانت في غير الملك اما هنا فان ادعى الحربي لا تعود المبيعة
بدعوته الى ملكه ولا يخرج عن ملك السابي حتى يظهر الداعي في غير الملك كما في المشتراة **قوله**
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في
العدة اعلم ان التقييد بقوله في اثنائه يشعر بانها لو حاضت بعد انقضاء الشهر لا يبطل الاستبراء
ثم التشبيه بقوله كما في العدة يدل على ان الحكم فيهما واحد وقد علم في باب العدة من كتاب الطلاق ما يدل
على انها لو حاضت بعد الاشهر الثلثة فعليها ان تستانف العدة حيث قال وان كانت ايسة فاعتدت
بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض لان عودها يبطل
الاياس وهو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة
العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني هذا لفظه فظهر ان الشهر انما يقوم مقام الحيض عند
تحقق الياس باستدامة العجز الى الممات فيلزم ان يبطل حكم الاستبراء بالشهر وان حاضت بعد
انقضائه لفوات شرط الخلفية وكان التشبيه بالعدة رفع على ما روي عن الصدر الشهيد انه كان
يفتي بانها لو رات الدم بعد ما حكم باياسها لم يكن حيضا وينبغي ببطلان الاعتداد ان كانت ذات الدم

قبل

الاعتداد

قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا ينبغي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رات الدم بعد تمام الاعتداد
بالاشهر **قوله** ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء وذكر في شرح الاوراد للامام علي بن
احمد الغوري ره ان حيل اسقاط الاستبراء مسطورة في الكتب الا ان الحيلة التي ذكرت في الذخيرة
اسهل الحيل وهي ان الرجل اذا اشترى امة وكاتبها ثم فسخ الكتابة برضاها جاز للمولى الوطي ولا استبراء
عليه ونقل هذه الحيلة باطلة لان الكتابة ان كانت بعد القبض وظاهر انها لا تسقط الاستبراء لتقرر وجوبه
باستحداث الملك المؤكد بالقبض في حال تحل فرجها له فصار كانه قبضها ثم زوجها والكتابة ليست باقوى من التزويج
وهو بعد القبض لا يسقط الاستبراء الذي وجب عليه فكذا الكتابة وان كانت الكتابة قبل القبض فكذلك
اذ الحرمة بعارض مع بقاء الملك لا يمنع وجوب الاستبراء كما لو قبضها وهي حائضة او محرمة والحرمة بالكتابة عارضة
كما في الحيض والاحرام كما ذكر المصنف ره عن قريب فلا يمنع الوجوب والله اعلم نعم ذكر في المبسوط ان ملك
المولى يزول بالكتابة كما يزول بالتزويج فلا يشكل بما ذكر لان الكتابة لما كانت كالتزويج يصح الاحتيال لاسقاط
الاستبراء بالكتابة قبل القبض كما يصح ذلك بالتزويج الا يرى ان الاختين اللتين مملوكتان لرجل فقبلهما
بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها والكتابة كالاعتاق في
هذا وانه دليل ظاهر على ان الكتابة كالتزويج في ازالة ملك المولى لا كالحيض والاحرام فكما يصح الاحتيال
لاسقاط الاستبراء بالتزويج قبل القبض يصح بالكتابة فيصح ما قال الامام الغوري ره والدليل عليه
ايضا ان المولى لو وطي المكاتبة يلزمه العقر ولو لم تكن الكتابة مزيلا الملك المولى بل كانت حراما مع بقاء
الملك كالحائض والمحرمة لم يلزمه العقر بوطئها لما لا يلزمه بوطي الحائض والمحرمة وحيث لزمه العقد
بوطئها علم انها يزول عن ملك المولى فيصح الحيلة بكتابتها قبل القبض ثم يقبضها وهي مكاتبة ثم يفسخ الكتابة
ولا فرق بينها وبين تزويجها قبل القبض ثم قبضها ثم طلقها الزوج اياها والله اعلم ثم قد يقال في ابطال
الحيلة التي ذكرها الامام الغوري ره ان المكاتبة لا يحتمل القبض لانها في يد نفسها حتى لو اشترى
المكاتب وقبضه ثم هلك في يده لا يضمن بالعدم تحقق القبض فيه بخلاف ام الولد والمدبر فانهما تضمنان
بالقيمة عندهما في البيع الفاسد فلما لم يتحقق القبض في المكاتبة حالة الكتابة لا يفيد الحيلة المذكورة لانها
انما تصير مقبوضة عند العجز وعند ذلك يصير فرجها حلالا له اللهم الا ان يقال ان الكتابة يفسخها تبقى
كالتدبير والاعتاق اتفاقا والتزويج في رواية عن ابي يوسف ره لكنه قبض غير ممكن من الوطي
فلا يجب به الاستبراء ثم اذا عجزت يحل وطيها من غير استبراء وفي الخزانة انه لو كاتب المبيع
قبل القبض كان للبائع ان يحبس المبيع بالثمن لان الكتابة يحتمل الفسخ فردت في حق البائع نظرا
ولو نقد المشتري الثمن نفذت تلك الكتابة لانه زال المانع حق الفسخ وهذا لا ينافي لان يكون الكتابة قبضا
الا انه قبض غير معتبر في حق البائع لتمكنه من الحبس فاما اذا نقد الثمن وزال حق البائع ينفذ

الكتابة ويعتبر قبضاً من وجه دون وجه معاً **قوله** او المشتري قبل القبض ممن يوثق به قال
الشارح ثم ان التزويج وان كان تعيباً حكماً ولكن ليس بقبض لتمكنه من الوطي والقبض المتمكن من الوطي
جزء العلة فلا بد منه ومن الملك ولا بد ان يقع الاستبراء بعد تمام العلة وهذا التصريح بان النكاح قبض حكماً
وقد صرح المصنف رحمه الله في المسائل المنثورة من كتاب البيوع بان التزويج ليس بقبض حيث قال
ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو
الملك في الرقبة على الكمال وهذا ليس بقبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله
وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضاً لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه
الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا وهذا اللفظ ومن تصريح
بان التزويج ليس بقبض اللهم الا ان يحمل قول الشارح على ما روي عن ابي يوسف ان النكاح نفسه
قبض كما مر وجه القياس في ما يكون مخالفاً **قوله** وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا اي في انه
يحل وطي الاخرى لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وفي المبسوط وهذا الجواب في الكتابة مشكل
لانها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزم استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره
فكان ينبغي ان لا تحل له وطي الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطيها
وكان وطيه اياها في غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة فيجب الغرامة
فيحل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحل له ان يطأ الاخرى كذا في الشرح **فان
قلت** الراهن لو وطي الجارية المرهونة يجب العقر مع ان ملكه لا يزول عن المرهونة حتى
لو رهن احدى الاختين لا يحل له الاخرى **قلت** العقر انما يجب على الراهن اذا وطئها وهي
بكر لانه اتلاف للعذرة واتلاف المرهونة يوجب الضمان اما اذا وطئها وهي ثيب فلا شيء على الراهن
نعلم ان وجوب العقر على الراهن للاتلاف لا للوطي نفسه نعم يشكل هذا بما ذكره المصنف رحمه الله انفاً
من قوله ويحرم بالجنبية التي حاضت بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء
ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو سبب متعين
للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض فعلم الحق الكتابة بالحيض في ان الحرمة فيهما بعارض فيجب
ان لا تحل الاخرى لا ميين المرطوبين بكتابة احداهما كما لا تحل بحيضة الاخرى والمسألة بخلافه
فصل في البيع قوله ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لوضعه ان الرثيب
من حيث انه نجس مهان ومن حيث انه ينتفع به عزيز وما كان عزيزاً من وجه مهاناً من وجه جاز
بيعه بخلاف الخمر فانه مهان من كل وجه وفي بيعها اعزاز لها من وجه فلا يجوز ثم كونه منتفعاً به لا يكفي
لكونه مالاً بل لا بد مع ذلك من كونه مما يرغب فيه كما في السلك لا يرى ان الانتفاع بشعر الخنزير جائز في عمل الخرز

لكنه لما كان مما يرغب فيه كان مالاً لم يكن مالاً وقدر ما ينتفع بالشرقيس القائم في الارض لا يرغب فيه فما كان مالاً
قوله لانه يلقى في الاراضي وفي الكافي فانهم يلقونه في الارض لاستكثار الريع من غير نكير احد
من السلف وقد يقال كان ابن عمر رضي الله عنه يؤاجر ارضه ويشترط على ان لا يعرها اي لا يصلحها
بالعذرة وهي السرقين نقل وجد التكبير من ابن عمر رضي الله عنه وقال عليه السلام لعن الله بايع
الحرة ومشتريها **قوله** وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لي سواء
كان حراً او عبداً او ذكراً او انثى صالحاً او فاسقاً وفاسقاً دليل قوله بعد هذا وهذا اذا كان ثقة بعني
انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لانه يجوز فاسق صادق القول لا يكذب لمروته كذا في النهاية
وفي الخلاصة امة لرجل يبيعها آخر لا ينبغي لمن عرفها للاول ان يشتريها فان قال صاحبها لي شراء
او وكلني ببيعها ان كان عدلاً او وقع عنده انه صادق صدقه وان كان البايع غير عدل بان اخبر بلا اذن
وهو غير عدل صدقه ولا عمل بالخبر الذاتي وان اشتبه لا يشتري هذا كلامه وهو يشير الى ان العدالة
او وقوع الصدق في القلب بعد التحري شرط لقبول خبر الواحد في المعاملات وان المراد بالثقة
في قوله وهذا اذا كان ثقة هو العدل وبه يشعر **قوله** وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه
انه صادق لان عدالة المخبر غير لازمة للحاجة قوله لان عدالة المخبر غير لازمة للحاجة يشير الى
ان المراد بالثقة هو العدل لا الفاسق الذي لا يكذب لمروته وذكر في البزدوي في باب
بيان محل الخبر ولهذا اي ولاجل عدم اشتراط العدالة قلنا في الفاسق اذا اخبر وجدانه فاننا
وكلك بكذا ووقع في قلبه صدقه حل له العمل به قبل القبل اشارة الى ان وقوع الصدق في خبر الفاسق
شرط في المعاملات ولا يكتفى بكونه ذا مروة لا يكذب الا يرى انه لا يكتفي به في الشهادة في ظاهر
الرواية فالظاهر ان خبر كل مميز انما يقبل على رواية الكتاب اذا ايد باكبر الراي نعم ذكر
الاصوليون ان تحكيم الراي في خبر الفاسق في المعاملات ليس بشرط واليه اشار فخر البزدوي
في باب بيان قسم الانقطاع قال بعض المحققين من شارحي البزدوي جاز ان يكون في
المسألة روايتان والى الرواية الثانية اشار الشيخ فخر الاسلام في باب بيان محل الخبر والله
اعلم **قوله** لان اخباره حجة في حقه دليل على قوله وكذا اذا لم يعلم ولكن اخبره
صاحبه يعني ان اخباره بذلك حجة في حق البايع للعمل به فاذا اخبر وترجح جانب الصدق بالعدالة
او لوقوع الصدق في قلبه عمل به **قوله** لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل
فان قلت يد الفاسق يحتمل ان يكون دليل الملك في حق العدل اجيب بان المراد بالفاسق
المتصرف او الكلام على حذف المعطوف اي لان يد الفاسق والعدل دليل الملك في حق الفاسق والعدل
قوله لان القاطع طارئ اي القاطع للزوجية وهو الموت او الطلاق والزوجية السابقة لا منازع

لانه لا يدل على البقاء كذا في الشاهان وهذا يخالف ما ذكره الامام فخر الاسلام رحمه الله في اصوله
ان حكم النكاح الحل المؤبد الابدي انه لا يصح توقيته صريحا بان تقول نكحتك الي كذا لكنه يحتمل السقوط
بما يعارضه على سبيل المناقضة فيقبل المعارض له حكم الثابت فكان البقاء به دليلا هذه اللفظة
وهو تصريح بان الزوجية يدل على البقاء وانما القاطع بالمعارض فما ذكر في الشاهان من قوله
والزوجية السابقة لا بمنازعة لا يدل على البقاء محل تامل ولكن ذكر صدر الاسلام في اصوله ان
الشراء لا يوجب بقاء الملك وهذا انه يكون رواية في النكاح ايضا لان النكاح والشراء كلاهما من العقود
الشرعية فما ذكر في الشاهان محمول على ما اختاره صدر الاسلام **قوله** بخلاف ما اذا كانت
المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان
القاطع طارئ والانعدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازعة فافترقا **فان قلت**
لم قبل الواحد من هذا الوجه في افساد النكاح بعد الصحة فوجه اخرى له يقتضي ان لا يقبل وهو ان
الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد كما لو اشترى لحما فاخبر انه ذبيحة مجوسي حيث لا يبطل
بهذا الخبر ملك المشتري ولا يرجع بالثمن على البائع لان ملك الغير لا يبطل بخبر الواحد **قلت**
نعم لا ان قيام الملك للغير في الحال ليس بدليل كذا في الشرح وهذا ايضا يخالف ما ذكرنا من اصول الامام
فخر الاسلام رح اختار ان الحقوق الشرعية من البيع والنكاح وغيرهما لا يدل على البقاء كما هو اختيار
صدر الاسلام ولكن النقض عن الاشكال المذكور على مختار الشيخ الامام فخر الاسلام رح مشكل **قوله**
لان المعصية تقوم بعينه اشارة الى ان المعصية لو كانت لا تقوم بعينه بل بعد الصنعة كالحديد فلا باس
ببيعه منهم وقد صرح به في كتاب البغاة حيث قال لا يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعه
ولكن ذكر في باب الموادعة ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم الى ان قال
وكذا الحديد لانه اصل السلاح فقد جوز بيع الحديد من اهل الفتنة لعلمه ان المعصية لا تقوم بعينه
ولم يجوز بيعه من اهل الحرب لعله ان الحديد اصل السلاح فيلحق به في حرمة البيع منهم وفي الفرق
نوع صعوبة **قوله** ولان المعصية في شربها فكل ما من كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة
مع ان المعصية هناك ايضا في القتال بها لا في نفسها والقتال فعل فاعل مختار وليس من ضرورات
السلاح ايضا وجوابه المنع بل القتال من ضرورات السلاح فانه وضع لذلك ولا غرض فيه سوى
ذلك واما الخمر فربما يجعل للتخليل فلا يتعين الشرب غرضا **قوله** ولانها حرة محترمة
اي غير مملوكة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها
ولا يعضد شوكها في حق البيع الا في لان جعلها عرضة للتملك ابلغ في الاهانة من عضد الشوك
واختلاء الخلا وتنفير الصيد **فان قلت** في البيع اعزاز المبيع الابدي الى ما هو في البيع الفاسد

من التعليل المصنف رح لبطلان بيع الخمر بقوله لا ان الشرع امر باهانتها وترك اعزازها
وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزازه له **اجيب** بان جعل الشيء مبيعا اعزاز من وجه فمن
حيث انه يتملك بالبيع مقصودا اعزاز له ومن حيث ان البيع ابتذال له اهانة فالجزء بيع
ما قصد تعظيمه على الكمال كمكة لما فيه من معنى الاهانة من وجه ولا يجوز ما قصد اهانته على
الكمال كالخمر لما فيه من الاعزاز من وجه **قوله** ولان اراضي مكة تسمى السوائب
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن
غيره ولو كانت مملوكة لا تسمى سوائب لمنعهم النبي عليه السلام وحيث تقررهم على ذلك دل
انها غير مملوكة كذا في الخانية **فان قلت** فما وجه قوله لا ساعة في الاسلام **قلت**
كانهم ارادوا به ان تخرج الشيء عن ملك مالكه ولا يدخل في ملك احد واراضي مكة لم تكن
مملوكة لاحد فلا يكون سائبة وهذا هو المراد بقوله ولا سائبة والله اعلم **مسائل منثورة**
قوله النقط في المراح نقط جمع نقطة وهي حروف لا تنطق بالضم جمع سياهي وسبيلي ما عكس
آن نقط نقاط جماعة وفي الناج النقط نان جز نقط واعراب **قوله** ولا باس بحلية
المصحف لما فيه من تعظيمه **قلت** صرح المصنف رح في كتاب الملوك ان قوله لا باس
يشير الى انه لا يوجر عليه لكن لا يأثم به والتعليل بان فيه تعظيم المسجد يشير الى انه مستحب
الا ان يقال جهة التعظيم وان كان يوجب ان يكون مستحبا ولكن هذه الجهة معارضة بجهة
يوجب الكراهة وهي ان التزيين بماء الذهب من اسباب التفاخر فاثبتنا الامر بينهما وهو الاباحة
قوله ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام قيل بالمسجد الحرام لانه يثبت الحكم
في غيره بالطريق الاولى لانه لما لم يكره دخولهم فيه وهو اعظم المساجد فلان لا يكره في غيره اولى
قوله ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام هكذا ذكر في الجامع الصغير
ومختصر الكرخي وفي السير الكبير انهم يمنعون عن الدخول في المسجد الحرام قيل ما ذكر في
الجامع الصغير قول ابي حنيفة وابي يوسف رح ومحمد رح اولا وما في السير الكبير قول
محمد رح آخرا لان محمدا رح سوى بين الحربي والذمي يجوز للكل الدخول في سائر المساجد
قوله للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام خص
المسجد الحرام بالذكر فدل على ان النهي عن الدخول خاص في حقه ولان انما للحصر الحكم
في النهي او الحصر النهي في الحكم كذا في الشاهان ولا يخفى ان التعليل بقوله انما للحصر الحكم
في النهي الخ لا يفيد خصوصية النهي عن الدخول بالمسجد الحرام لان قوله انما المشركون
نجس انما يفيد حصر المشركين على النجاسة لا حصر النهي عن الدخول على المسجد الحرام

ومن ظاهر هذا التعليل وتعرف غير موضعه وانما وجه تمسك الشافعي رحمه الله بهذا النص
من ما اشار اليه بقوله خص المسجد الحرام بالذكر يعني ان التنصيص بالشيء يقتضي
نفي ما عداه عند الشافعي رحمه الله في اسم الصفة وكان تخصيص المسجد بوصف الحرام دليلا على
نفي الحكم فيما سواه من المساجد **فان قلت** ان التنصيص انما يوجب نفي الحكم اذا
لم يقبل الحكم التعليل وههنا علل بالنجاسة فيجب ان يتعدى الى ساير المساجد **اجيب**
بانه لا نجاسة الا في الاعتقاد وتاثير هذا النوع من النجاسة في حرمة الدخول غير معقول فيقتصر
وفيه بحث لان حصر النجاسة على اعتقادهم مذهبنا واما الشافعي فيقول بانهم
نجس ذاتا انتقاد بنجاسة الذات في الدخول في المسجد ظاهر اللهم الا ان يطلب الالزام
على اصلنا **قوله** ولان الكافر لا يخلو عن جنابة الخ **قلت** هذا التعليل يقتضي
ان يجتنب الكافر كل مسجد لان الجنب لا يمكن من دخول المسجد الحرام وغيره والشافعي
رحمه الله لا يمنع الكافر من ان الدخول في المسجد الحرام خاصة على ما اشار اليه في الكتاب
وصرح به في المدارك الا ان يقال ترك الشافعي رحمه الله العمل بعموم هذا التعليل في حق
غير المسجد الحرام بما جاء من الدلالة على جواز دخول الكافر المساجد سوى المسجد
الحرام ثم ذكر في الذخيرة انهم لم يجوزوا للمسلم الجنب الدخول في المسجد وجوزوه للكافر
مع ان الكافر جنب لان منهم من لا يغتسل ومنهم يغتسل ولا يدري كيفيته فلا يتمضمض ولا
يستنشق الا يرى انه يؤمر بالاغتسال اذا اسلم وقد انضم في حق الكافر الى الجنابة
نجاسة الكفر فهو اولى ان يمنع عنه والفرق ان المسلم يدين وجوب الاغتسال بالجنابة
ويعتقد كون الجنابة مانعة عن الدخول في المسجد فيعاملها معه على حسب اعتقاده
فليتامل فيه فانه دقيق **قوله** ولنا ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده
وهم كفار ولان النبي عليه السلام صالح اهل مكة عام الحديبية على ترك القتال من الجانبين
ثم ان اهل مكة نقضوا عهد رسول الله عليه السلام وخافوا ان يقاتلهم رسول الله عليه السلام
فجاء ابو سفيان الى المدينة لتجديد ذلك العهد فدخل المسجد وهو كافر كذا في الذخيرة **قوله**
ولان الجنب في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء
واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية **فان قلت** الحديث المذكور
من الاحاد فلا يعارض قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام فانه يحكم بترتيب الحرمة
على النجاسة يقتضي حرمة اقترابه جميع المساجد لان تجنيب كل مسجد عن النجاسة واجب ولهي
دليل على ان الجنب في اعتقاده لا في ذاته وما وجه ترتب النهي عن الحضور طائفين عراة على
بحال

نجاسة المشركين ولا للنجاسة في المنع عن الطواف عراة اذ المسلم الطاهر ايضا ممنوع
عنه قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي خذوا ما يواري عورتكم
عند كل طواف والامر بالشيء نهي عن ضده اذا كان له ضد واحد **قلت** النجس
بالفتح مصدر وصحة الحمل اما بحذف المضاف اي ذوو نجس او جعلوا نجسا مبالغة في الصفة
وايا ما فهو مجمل فيما يتجسون به من النجاسة حيث لم يبين انهم باي نجاسة يتنجسون
لكنا روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم لما انزل وفد ثقيف في مسجده
وضرب لهم خيمة قالت الصحابة رضي الله عنهم انهم قوم نجس فقال النبي صلى الله
عليه وسلم ليس على الارض من انجاسهم شيء انما انجاسهم على انفسهم فبينه عليه السلام على
ان النجاسة في اعتقادهم لا في ذاتهم فلحق الخبر بيانا لمجمل الكتاب ولما ثبت ان المراد
من النجاسة في الاعتقاد تعذر حمل قوله فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا على
ظاهره اي المحرم هو تلويث المسجد بالنجاسة والتلويث في نجاسة الاعتقاد فلا بد وان يحمل على الحضور
المعهود المتعارف فيما بينهم وهو الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية
ثم تقييد الطواف بقوله عراة اتفاقي لان طوافهم كانت كذلك وذلك انهم ممنوعون عن الطواف
مطلقا لانه عبادة وهم ليسوا اهلا لها والنجاسة في اعتقادهم كانه قيل انهم نجس اعتقادا فلا يطوفون
لان النجاسة الاعتقادية يمنع اهليته الطواف وجاز ان يقال انهم كانوا يطوفون عراة ويقولون
لا نتجرد عن ثياب قارفنا فيها الذنوب زعما منهم ان هذه العبادة مع ما يقارف فيه الذنوب
ليس بحسن فانزل الله تعالى هذه الاية لبيان ان الطواف عراة مع نجاسة الاعتقاد ايضا ليس
بحسن فمن اجتنب عن الطواف مع الثياب التي قارف فيها الذنوب تعليلا ان تجتنب عنه مع نجاسة
الاعتقاد ومن اراد هذه العبادة الشريفة فليطهر نفسه عن النجاسة الباطنية ولا يقرب المسجد
ما دام تلك النجاسة قائمة بالطواف وان كان مع نزع الثياب ولكن للخصم منع ظاهر على قولنا
ان المحرم هو تلويث المسجد بان يقول كما ان تلويثه بالنجاسة حرام احتراما له جاز ان يحرم دخول
من هو نجس اعتقادا فيه لا سيما في المسجد الحرام احتراما له فالحمل على نجاسة الاعتقاد ايضا لا ينافي
حمل قوله فلا يقربوا على ظاهره وقال صاحب التاويلات المراد من الاية النهي عن دخول
مكة لا عن المسجد الحرام وفي اخر الاية ما يدل عليه فانه تعالى قال وان خفتم عيلة اي فقرا
بسبب منع المشركين وما كان لكم في قدومهم عليكم من الارفاق والمكاسب فسوف يغنيكم الله من
ولو كان النهي عن الدخول في المسجد لما كانوا يخافون العيلة لانهم كانوا يدخلون
مكة ويتجرون فيها وروي انه لما نزلت هذه الاية قال المسلمون انهم كانوا ياتون بالبر م

كما روي انه عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده

٤٤٧

وساعون ولان بنقطع المتاجر ويفنى العيش فانزل الله تعالى وان خفتم كذا
في الذخيرة وللحجم ان يقول سبب ابتلائهم بملة مع التجارات من بلد اخر كان
من زيادة البيت يقصدون بذلك زيارة البيت لا التجارة بنفسها فلما منعوا عن الدخول
انقطع سبب ابتلائهم بملة مع التجارات فخاف المسلمون عليه فانزل الله تعالى فان
خفتم لانه فاراد الحقيقة من المسجد الحرام وهي احق بالارادة لا ينافي خوف العلة
على ما ذكرنا فلا نابا قوله فان خفتم فلا ابرد ما اوردة والله اعلم **قوله** وكان
لا احتياط في الاحتياط الذي توجبه القياس المذكور وهو انه توهم التعلق بالمعان نرجيحا
للمحرم **قوله** ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك لانه لا حق على الخالق
وذكر في تفسير الشيخ ضيا الحق والدين النسابي ره لما طال حبس يوسف عليه السلام
ضاق عليه الوقت ليلة فرفع راسه الى السما وقال الهي انت الرب وانا العبد وانت الخالق
وانا المخلوق وانت العزيز وانا الذليل اسالك بحق ابراهيم خليلك وبحق اسحق ذبيحك
وبحق يعقوب اسرائيلك ان تغيثني وترحمني يا ارحم الراحمين فرمان امدكه لى يوسف ابراهيم
واسحاق ويعقوب برمن چه حق دارند اما ابراهيم فصرفت النار عنه وجعلتها بردا وسلاما
واما اسحاق ففديته بذبح عظيم اما يعقوب فقد اعطيته اثنى عشر ابنا فاخذت واحدا منهم فما زال
يبكي ويشتكي حتى ابيضت عيناه ولي حق لهم علي حتى تقول بحقهم اغثني وارحمني قال فاسألك
بحق القديم وفضلك العميم ان تغفر لي وترحمني فرمان امد الان اغفر لك واخرجك من السجن
فان قلت روي ان ادم صلوات الله عليه الهمه الله تعالى ان يقول في دعائه
يا رب بحق محمد حبيبك ان تغفر لي **اجيب** بانه منسوخ بما روينا من قصة يوسف عم على
ان المحرم اولى وكذا الاخبار لما تعارضت صرنا الى القياس وهو يقتضي ان يكره الدعا بحق
فلان لانه لا حق للمخلوق على الخالق يصلح للاستشفاع **قوله** وجه الاستحسان انه عم
قبل هدية سلمان حين كان عبدا وذكر في الذخيرة في كتاب المكاتب اذا اهدى اي
المكاتب هدية بالمطعوم او دعى الى طعام لا باس به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لانه تبرع والتجار منه باطل لكن جوزنا ذلك بالاثار فمن ما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قبل هدية سلمان حال كونه مكاتبا وبريرة وهي مكاتبة هذا كلامه ففيه تنصيص بان
سلمان كان مكاتبا واشار في الكتاب الى انه كان عبدا حسبك والله اعلم ثم قصة سلمان هي انه لما
روي ان سلمان كان ممن تحمل الخيل البلق فوقع عنده انه ليس على شيء وجعل ينتقل من
دين الى دين طالبا للحق حتى قال له بعض اصحاب الصوامع لعلك تطلب الحنيفية وقد

قرب اوانها فعليك بيثرب ومن علامات النبي المبعوث انه ياكل الهدية ولا ياكل الصدقة
وبين كتفيه خاتم النبوة فتوجها نحو المدينة فاسرته بعض العرب وباعوه من اليهود وكان
يعمل في نخيل مولاه حتى هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة فلما سمع بقدوم
النبي صلى الله عليه وسلم اتاه بطبق فيه رطب ووضعها بين يديه فقال ما هذا فقال صدقة
قال لاصحابه كلوه ولم ياكل فقال سلمان في نفسه هذه واحدة ثم اتاه من الغد بطبق فيه رطب
فقال ما هذا فقال سلمان هدية فاكل فقال سلمان هذه اخرى ثم تحول خلفه فعرف النبي
صلى الله عليه وسلم مراده فالقى الردا من كتفه حتى نظر سلمان الى خاتم النبوة بين
كتفيه فاسلم **قوله** ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة له اعلم ان قوله
لا اب له ليس بشرط لازم في هذا الحكم في كتاب الهبة في صغيرة لها اب وهي تحت الزوج
فوهب لها شيء انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض
الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه
الولاية ومن جهة الحول والنفقة ومن جهة العقل والتمييز فيثبت ان عدم الاب ليس
بلازم كذا في الشرح **قلت** صرح المصنف ره في الهبة بالفرق بين الزوج وسائر من
يعوله من حيث ان الزوج يملك قبض الهبة للصغيرة مع حضرة الاب بخلاف كل
من يعولها غيره فانهم لا يملكون مع حضرة الاب حيث قال واذا وهب للصغيرة يجوز
قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل
الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه
الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويضه
الاب ومع حضوره لا ضرورة هذا لفظه وهو تصريح بان غير الزوج ممن يعوله لا يملك
قبض الهبة لاجل الصغير الا عند عدم الاب حقيقة بان مات او حكما بان غاب غيبة
منقطعة وقد قال الشارح هنالك بانه لا خلاف في عدم تملك الام وكل من يعوله ويملك مع
حضرة الاب في تملك الزوج قبض الهبة للصغير مع حضرة الاب حيث قال قوله في الصحيح
متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امراته الصغيرة مع
حضرة الاب في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان
قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكره الحاكم في مختصره وانا **قلت**
وان في قوله بخلاف الام وكل من يعوله **قوله** ثم الله فيعرف الى ما حفر دونها اي
عندها او دون ذلك وقد يقال لو كان التحول والانتقال فيما دون اربعين ذراعا

يجب تقدير الماء الجاري حكما باربعين في اربعين لا بعشر في العشر **قوله** والعام
المتفق على قبوله وهو قوله من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا **فان قلت**
لا نسلم انه عام بل هو خاص في من حفر للعطن حيث قال في آخره عطنا لماشيته
اجيب بانه انما يصير خاصا اذا كان قوله عطنا متعلقا بحفر على معنى حفر
لاجل العطن وليس كذلك بل هو متعلق بقوله فله اربعون اي جعل له اربعون
ليكون عطنا لماشيته فكان عاما **قوله** اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله
قلت قوله عليه السلام في خمس من الابل شاة مطلق عن قيد السوم متفق
على قبوله ثم انكم تقيدونه بالخاص المختلف على قبوله وهو قوله عليه السلام ليس في
والحوامل والعلوفة صدقة فان مالكا لا يعمل بها حيث اوجب الزكوة في غير السائمة
ايضا وجوابه قد مر في كتاب الزكوة **قوله** والذراع هو المكسرة اي ست قبضات
وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر بقبضة **قوله** وقد بيناه اي سابقا في كتاب
الطهارات في بيان الحوض الكبير كذا في بعض الحواشي وانه حوالة غير رابحة حيث
لم يذكر تقدير الذراع في الطهارات بل قال وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع
الكرباس توسعة للامر على الناس وقدر بعضهم ذراع الكرباس سبع قبضات باصبع قائمة
في المرة السابعة وقالوا انه اقصر من ذراع المساحة باصبع وعن هذا ذكر الشارح ان قوله
وقد بيناه معناه وربما الوجه في ان الخمسمائة يعتبر من كل جانب لانه لم يذكر بيان الذراع
المكسر فيما يعلم ولكن لم نجد فيما سبق ما يصلح دليلا على ان المعتبر هو خمسمائة ذراع من كل
جانب وكذا يأباه قوله من قبل وذكر بعد قوله والذراع هي المكسرة ولو كان المقصود ما ذكر
الشارح لاولى عند قوله من كل جانب فالظاهر انه اراد البيان في غير هذا الكتاب وقد
وقع من المصنف في غير موضع **قوله** ان لصلحه اي يصلح حريمه الذي اخذه الحافر
الثاني بكبس البئر الثانية ويكبسه يعتبر لا اصلاح ~~بقوله حيث لا يملكونه الا بعد الموت او عتيد~~
~~تنقطعه بعد رواية اخرى حتى يبيع قوله في الصحيح احترازا عنهما لم تفطن فالعجب~~
~~انه صرح في كتاب العتق بهذا وقال هناك عند قوله بل له ليس بشرط لازم في حق~~
~~هذا الحكم ثم قد حكينا في العتق ضعف ما ذكر في الشرح تعليلا به وما ذكرها من تبيان~~
~~جابر بقوله على التزوج ايضا غير مستقيم لما ذكر المصنف ثمه من ان التزوج يملك قبض~~
~~العقد لتفويض الاب امورها اليه الا ترى انه لا يملكه قبل الزفاف فلا يعتبر في الحكم بين~~
~~حفظ الاب وعدمه اما الام وجابر بن بقوله غيرها فانما تملك ذلك للضرورة ولا ضرورة~~

~~مع وجود الاب فلا يملك فظهر ان التزوج وجابر ليس بقوله لا يقبلان اصلا ولعل~~
~~الشارح زعم ان المراد باللقيط صغير بقوله ذو اليد اي من كان في يده صغير بقرينة~~
~~مقابل الزوجة الصغيرة التي في التزوج ثم تنبيهه ذكره ان هذا الشرط ليس بلازم~~
~~وانه شرط في بعض المواضع دون البعض لانه ليس بشرط في الزوجة الصغيرة~~
~~ولكن حمل الكلام على الحقيقة ممكن فلا يبعض المواضع دون البعض لانه ليس بشرط~~
~~في الزوجة الصغيرة ولكن حمل الكلام على الحقيقة ممكن فلا حاجة الى المجاز~~ والله
اعلم **قوله** ولا كذلك الملتقط والعراي اذا لم يكن الصغير في حجرهما وبهذا يندفع
التناقض كذا في الحاشية **وفيه نظر** لما ذكر الشارح انه لا يجوز للعم لو لم يكن صغيرا
وان كان في حجره حيث قال عند قوله ولا يجوز للعم يعني وان كان في حجره اما التناقض
فقد ذكر الشارح لا ندفاعه ثلثة اوجه اجلاها ان الاجارة محمول على الضرورة وعدم جوازها
على الصحة والثاني ان فيه روايتين ان معنى قوله واجارة الفحار تسليمه في الصناعة حتى
يكون من جنس ما لا بد للصغار منه **كتاب** احياء الموات
قوله ولانه مال مباح الخ هذا التعليل انما يستقيم على قول محمد
رحمه الله ولانه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي فاما على قول ابي يوسف فلا لا يتأتى فيما
اذا كان مملوكا في الاسلام لا يعرف مالكه لانه ليس بمباح بل هو كاللقطة يجب ان يكون
حكمها حكم اللقطة لكن من احياها باذن الامام ملكه بالنص **قوله** يحتمل انه اذن لقوم
لا نصب الشرع ولما كان يحتمل لا اذن حملناه عليه بدليل قوله عليه السلام ليس للمرء
الا ما طابت به نفس امامه ولنا ان نقول هذا عام لا يمكن اجراؤه على العموم وكثيرا ما يكون
الشيء للمرء ولا يطلب فيه طيب امامه كتملكه بالارث والعتق ولا تنجل على اخص الخصوص
وهو المال [illegible] فسقط ارادة **قوله** ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج
على المسلم فيه اشارة الى ان العشر انما يجب اذا كان المحيي هو المسلم اما لو احياها ذمي ينبغي
ان يجب فيه الخراج **قوله** لان ما يقابل الساعات والايام والشهور ولا يفي بذلك
وعليه منع ظاهر لجواز ان يكون [illegible] ولا ارض الموات مسافة يسيرة يمكن قطعها بالجهد
[illegible] فالقول بانه لا يفي بهذا الاجل سنين يحتاج [illegible]
قوله لان في الاراضي رخوة يقال ارض رخوة اي سهلة بعض في الاراضي ارض
رخوة يمكن ان يكون الارض رخوة فينزل الماء الى ما حفره وهذا صرح به صاحب [illegible]
قوله وله ما روينا من غير فصل وهو قوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حولها ا

والصيد

وثانيها

الا بعون ذراعا عطنا الماشيته **فان قيل** يفهم في الحديث بالعطف فكيف يكون من غير فصل **اجيب** بان قوله عليه السلام عطنا متعلق بقوله له اربعون ذراعا اي له هذا المقدار ليكون عطنا فيكون التقدير المذكور مطلقا وليس بمتعلق بقوله حفر حتى يتقيد بعد العطف تعرف بالتامل **وقد اجيب** في الشرح بان التقييد بالعطف اتفاقي قيل باعتبار الغالب **قوله** نصيبه كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء اي الخلاء والمراد بالانتفاع المنزل بينهم في الهواء من انتفاع التبخير وشغله بالجسم فان الكل في هذا الانتفاع سواء لان الحاجة اليه فوقها الى الماء والهواء وان كان قد يملك بتبع الارض على ما عرف فمملوك الشخص قد يكون يتعلق به حق الغير كالحائط يكون لاحد ولغيره يكون حق وضع الجذوع وهذا لان الانتفاع بالهواء متوارث بلا استئذان راي احد من غير نكير **قوله** على الاطلاق اي الاضرار لم يتغير والضرر في الشفه من انقطاع الماء يكون الوارد بخلاف الانهار المملوكة فان لمالكها ان يمنع من الشفه عند خوف انقطاع الماء **قوله** ان كان اي الكرى لا يضر بالعامة ولا يكون النهر اي النهر العظيم مثل جيحون في ملك احد لانها مباحة في الاصل لانها مقهورة بالماء ويمنع نهر غيره فلا يكون في ملك احد وفي الحاشية اي النهر الذي كرى ولهذا وانه مشكل حيث لا يترتب عليه التعليل بقوله لانها مباحة في الاصل الخ لان النهر الذي كرى جاز ان يكون مملوكا لاحد بان وقع الكرى في الملك الخاص لان يراد بالكرى كرى ما ذكر النهر العظيم مع احتمال عوده اليه فانهم اذا كان الموضع الذي ركبه البحر لا يكون النهر الذي كرى مملوكا لهم لان الموضع الذي ركبه الماء ليس بمملوك لاحد لانه كان مقهورا بالماء وفيه يمنع قهر غيره **قوله** بقيت فيه شبهة الزكاة **فان قلت** فينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله خلق لكم ما في الارض جميعا **اجيب** بعد تسليم ان الآية يدل على اباحة جميع الاشياء لكل واحد بان المعتبر من الشبهة هي التي يمكن الاحتراز عنها في الجملة اما التي لا يمكن الاحتراز عنها فغير معتبر والشبهة التي جاءت بحكم هذا النص مما لا يمكن الاحتراز عنه واعتبارها يؤدي الى سد باب القطع وانه مفتوح **قوله** فان كان لا على منهم لا يترتب اي لا يمكنه ان يسقي ارضه بتمامها الا بالسكر بقرينة قوله ولكن يترتب بحصته يسقي بمقدار ما يجري من الماء الى ارضه بلا سكر سواء وصل الماء الى ارضه كلها او بعضها وذلك انه لو لم يمكنه السقي اصلا الا بالسكر لم يترتب عليه قوله ولكنه يترتب بحصته ويمكن ان يراد بقوله لا يترتب لا يقل السقي لارضه الا بالسكر او يقال لا يترتب يعني باخراج الكري هو بغير حيلة اخرى وقوله

فصول في مسائل الشرب

[illegible]

ولكنه يترتب بحصته اي بطريق يمكن بالدالية ونحوه **قوله** والذي مما يورث ويوصى بالانتفاع به لان الورثة يقومون مقام الوارث في املاكه وحقوقه وقد يملك بالارث ما لا يملك بغيره كالقصاص والدين والخمر والوصية اخت الميراث كذا في الكافي **وفيه نظر** لان الدين قد يملك بالهبة ممن عليه الدين والخمر يملك بالشراء الا يرى انه لو وكل مسلم نصرانيا بشراء خمر او خنزير جاز عند ابي حنيفة ويملك الموكل **وجوابه** ان الدين لا يملك بالهبة ممن عليه بل يسقط والخمر ان كان يملك في صورة التمليك فوكله يملك خلافة عن الوكيل فكان في معنى الارث فلا ينتقض **قوله** ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك شيئا من الحقوق وما لا يملك شيئا من الحقوق فالصلح عليه باطل وصاحب الحق على دعواه كذا في الكافي **وفيه نظر** لان عفو القصاص يصلح بدل الصلح وانه لا يملك شيئا من الحقوق بدليل ذكر الشارح في كتاب الصلح نقلا عن المبسوط انه لو صالح على ان عفى هذا الدم على ان عفى الآخر عن القصاص لقتيل رجل آخر جاز ثم قال في الفرق بين الصلح والنكاح من حيث لم يصلح القصاص بدل الصلح على نحو ما ذكر ولا يصلح مسمى في النكاح ان كل واحد منهما في الصلح اسقط حقه عما له من الحقوق وكل منهما متقوم صالح للاعتياض عنه حتى يصلح المال عوضا عن القصاص فيجوز ان يجعل احدهما عوضا عن الآخر لكونه متقوما بخلاف النكاح لان الشرط في الطلاق ان يكون مالا والقصاص ليس بمال والشرط في الصلح ان يكون ما يستحق بالصلح متقوما وذلك موجود في القصاص الى هنالك لفظه نظيره ان ما لا يملك شيئا من الحقوق قد يصلح بدل الصلح فلا يستقيم التعميم بقوله ان ما لا يملك شيئا من الحقوق فالصلح عليه باطل **كتاب الاشربة** ~~وقال المطلقين الهلال اهل اللغة قال بعض الفضلاء الا ان النبي عليه السلام هو المفوض اليه بيان الشرائع وقد بين انها الخمر بقوله كل مسكر خمر وكم موضع من موضوعات اللغة صرفه الشرع عن موضوعها~~ ~~**قوله** سمي به لما فيه من بيان حكمها هذا معلوم بالبديهة لا يحتاج الى بيانه اذ الامر كذلك في جميع الكتب والابواب السالفة والآتية وكلها لا يعرف لتخصيص كتاب الاشربة~~ بموجب **قوله** احدها في بيان ماهيتها وهو الني من ماء العنب الخ لا يخفى ان هذا بيان لما وضع له لفظ الخمر وتعيين مسماه لغة كما يقال الغضنفر الاسد وليس ذلك بيان الماهية اذ الماهية عبارة عن الجنس والفصل وهذا الذي ذكرا يتضمن بيانها فلا يكون بيانا للماهية بل تعيينا للمسماه وبيانا لما وضع له لفظ الخمر يدل عليه **قوله** **قوله** وهو المعروف عند اهل اللغة

الوكيل

العفو

[illegible]

فانهم انما يفترزون قوله قوله عليه السلام كل مسكر خمر يحتمل بيان الحكم ويحتمل بيان
الحقيقة الشرعية فلا يثبت النقل من اللغة الى المعنى الشرعي بالاحتمال ثم لما احتمل
واحتمل حمله على الفرد المتيقن وهو بيان الحكم لان في بيان الحقيقة الشرعية ايضا بيان
الحكم وايضا الاخبار قد اختلفت فقد روي كل مسكر خمر وروي الخمر من هاتين وروي
الخمرة خمسة فتعذر ان تجعل احدى هذه المعاني الثلثة حقيقة شرعية فيساقط الكل
ونفي المعنى اللغوي هو المعتبر على ان ما روي من قوله عليه السلام حرمت الخمر بعينها
والسكر من كل شراب اشارة الى ان الخمر ليست باسم كل مسكر وذلك ظاهر **قوله**
ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره **قلت** اشتهر اسم السارق في غير النباش والطرار
وفيما اشتهر غيره وهو اسم النباش والطرار مع ان السارق حقيقة في الكل **قوله**
ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية **وفيه بحث** ~~...~~
~~...~~ **قوله** وانما سمي خمرا التخمر لا المخامرة العقل وقد يقال
هذا معارضة في علة الاصل وهي باطلة الا ان يقال انه من باب الممانعة دون المعارضة
اذ المعارضة هي ابداء علة مبتدأة من غير تعرض لعلة الخصم وقد تعرض هنا بالمنع حيث
قال لا المخامرة وكان ممانعة لا معارضة فكانه منع علته ثم علل بعلة اخرى ومثله جائز وايضا التعليل
بالتخمر تعليل لعلة قاصرة وهو باطل عندنا وايضا التعليل في الاحكام لا في الاسماء اللغوية على ما يجي
في الكتاب اللهم الا ان يجعل كل ذلك بناء على زعم الخصم فانه جوز التعليل بالقاصرة لتعدية لا اسم
ايضا ويقال التعليل بالقاصرة لتعدية الاسم انما لا يجوز في الاحكام الشرعية واما في الاسماء فلا امنع منه ثم
التعليل في الاسماء اللغوية انما لا يجوز للتعدية الى شيء اخر واما التعليل لبيان وجه التسمية فلا منع
من ذلك وايضا التعليل بالقلب يناسب التعليل بالمخامرة دون التخمر وقد يجاب بان قوله ويعدكم
بيان لنكتة التحريم وعلته وجاز ان يكون التحريم لعلة الفعل وتسميته خمرا للتخمر وذكر ظاهر
وايضا التعليل بالتخمر لا يمنع قياس سائر المسكرات على المذكور اما ان كان التخمر بمعنى الستر
مطاوع التخمير بمعنى التغطية وهي الستر يقال خمره وجهه فظاهر ان الخمر انما سمي به لستر العقل
لزيلها فكان التعليل بالخمر مثل التعليل بالمخامرة وكذا ان كان بمعنى تغير الرائحة كالاختمار لما
قال ابن الاعرابي سميت الخمر خمرا لانها تركت فاختمرت اي تغيرت رائحتها وكل مسكر
يتغير رائحته فلا يوجب اختصاص الاسم ايضا وكذا ان كان بمعنى الشدة لوجودها في كل شراب
مسكر واما اذا كان التخمر بمعنى صيرورته خمرا فظاهر الفساد اذ التخمر بهذا المعنى فرع الخمر
فاستحال ان يكون اسم الخمر فرعه **قوله** وعندهما الخ **فان قلت** الخمر اسم لغوي

اي ستر

يتلقى من اهل اللغة وهم ان كانوا يسمون النيء المسكر بنفس الاشتداد خمرا وان لم يقذف بالزبد
فلا وجه لما يقوله ابو حنيفة من اشتراط القذف بالزبد وان كانوا لا يسمونه خمرا الا بعد القذف
بالزبد وسكونه عن الغليان فلا وجه لما يقولان وايا ما فلا وجه لهذا الاختلاف **اجيب**
بان الخمرية وان كانت تثبت بنفس الاشتداد لكن النزاع في ان الخمر متواطئ لا تتفاوت افراده
كمالا ونقصانا ام مشكك بعض افراده كامل ينصرف مطلق اللفظ اليه وبعضها قاصر لا ينصرف
مطلقه اليه ولا يثبت الحكم فيه الا بالنية فرفع عنه انه مشكك فلا ينصرف لفظ الخمر الواقع في آية
التحريم الا الى الفرد الكامل وهو النيء المسكر الذي قذف بالزبد ولا يثبت الحرمة الا به ويبقى
الناقص على الاباحة الاصلية ودفع عندهما انه متواطئ فيقع على القاذف بالزبد وغيره على
السواء ونظيره اللحم فانه ينصرف عند الاطلاق الى الدسومة ولا يتناول لحم السمك الا عند النية
فعلى هذا التحقيق التعريف المذكور في الكتاب من قوله عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد تعريف لما هو المحرم المراد باية التحريم لا المطلق الخمر فتامل **قوله** لان الاسم يثبت
به اي اتفاقا وكان تمسكا بالاجماع وكانه قال ولا ارتباط لثبوت هذا الاسم للنيء القاذف بالزبد
لان الاسم يثبت بمجرد الاشتداد بالاجماع وبه يسقط ما يتوهم ان هذا تعليل بعين المدعى فتامل
قوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد وهو الصد عن ذكر الله وايقاع العداوة
والبغضاء وذهاب العقل الذي يحصل بالاشتداد ولا يتوقف ذلك على القذف بالزبد
فان قلت احالة الحرمة الى هذه المعاني يشير الى ان حرمة الخمر لهذه المعاني لا بعينها
وشانك ان الخمر حرام بعينها **اجيب** بان المعنى لحرمة العين ان يكون قليلها والمعاني
المؤثرة في الحرمة موجودة في القليل ايضا لان قليلها لافضائها الى الكثير في حكم الكثير
وكانت المعاني موجودة تقديرا بان يكون قليلها وكثيرها حراما دون قدر المسكر منه كما في المثلث
العنبي **قوله** واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل ويقال
احكام الخمر قطعا انما يناط بما هو خمر يقينا والخمر اليقيني ما وضع له اللفظ في لغتهم ولا شبهة في
ثبوت اسم الخمر له لسانهم بمجرد الاشتداد حيث يثبت للنيء المسكر اسم الخمر بالاجماع فلا يؤدي
الى تعلق حكم بالخمر يقينا بما ليس بخمر يقينا وبالجملة ان كون احكام الخمر قطعية يستدعي قطعية
الخمرية لا كونها فردا كاملا من الخمر والثابت قبل القذف مع كونه فردا كاملا لا قطعية الخمرية
على ما حققناه ان اسم الخمر يثبت بمجرد الاشتداد عندهم اختلفوا في ان افراده متفاوتة
كمالا ونقصانا الا انه والاولى ان تعلل من قبل ابي حنيفة بان الكامل لما كان موقوفا على القذف
بالزبد كان الخمر مشككا ينصرف لفظه في اية التحريم الى الكامل منه فلا يتعلق الحرمة والحد

حراما

ولكفار المستحل الا ما ينصرف اليه مطلق لفظه ومن القاذف بالزنا **قوله**
وحرمة البيع **قلت** الحل واكفار مستحلها ان صح تعليقهما بما هو كامل في الخمرية لوجوب
درء الحد بالشبهة والكف عن التكفير بالشبهة فالحرمة بنوعيها مما يجتمع مع الشبهة لوجوب
الاحتياط فيها الا ان يراد بحرمة البيع بطلان حرمتها نصا ونفس الحرمة ان كانت
مما يصح تعليقها بما فيه شبهة لكونها تعليقية تستدعي الكمال القاطع للشبهة المنافية لليقينية والله
اعلم **قوله** وان قليله يدعو الى كثيره لرقته ولطافته كذا في الحاشية وهذا من خواص
الخمر اذ دعوة القليل الى الكثير من خواص الخمر وقيل يشكل بان دعوة القليل الى
الكثير بمعنى الرقة واللطافة على ما صرح في الحاشية وهذا المعنى لا يختص بالخمر
لوجوده في الباذق على ما يجي تصريحا في الكتاب فكيف تختص دعوة القليل الى
الكثير بالخمر اللهم الا ان يراد الاختصاص بالنسبة الى المثلث ونحوه نعم يشكل بان
حرمة القليل لو كان باعتبار ان قليله يدعو الى كثيره لتوقف الحرمة اذا طبخ الخمر حتى
ذهب ثلثاه حيث يصير غليظا لا يدعو قليله الى كثيره **قوله** ثم هي غير معلول اي
تسميتها خمرا وكونه حقيقة في النيء المذكور غير معلول بعلة المخامرة لانه خلاف السنة
المشهورة وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فيه دليل
على المغايرة بين الخمر وسائر الاشربة من جهة التسمية كما لا يخفى ذلك على من
اذن تمييز في معرفة اساليب الكلام ولانه لو كان كل مسكر خمرا حقيقة كان
المعنى حرمة الخمر لعينها والسكر من كل خمر وهذا مما لا معنى له ولانه لو كان كل مسكر
خمرا حقيقة لكان عينها حراما والنبي عليه السلام حرم سكرها لا عينها لانه قسم الحرمة الى
حرمة العين وحرمة السكر فيجعل الاولى للخمر والثانية لسائر المسكرات والقسمة تقطع
الشركة وبهذا يسقط ما يقال ان قوله تع ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة دليل واضح على
انه معلول بعلة الصد عن ذكر الله فلا معنى لقوله هو غير معلول ووجه السقوط انه لم
يرد بقوله غير معلول انه غير معلول حرمته بعلة القتل ونحوه حتى يخالف اشارة النص بل
اراد ان تسميته خمرا وكونه حقيقة في النيء المذكور غير معلول بعلة مشتركة بين جميع
المسكرات حتى يكون سائر المسكرات خمرا حقيقة بدليل **قوله** بعد هذا وتعليل
للتعدية الاسم فلا مخالفة لان النص يدل على ان حرمته معلولة بعلة الصد والمعنى من تعليل
الاسم **قوله** لثبوتها بالدلائل القطعية ولو ثبت بدليل ظني غير معارض بدليل يوجب
الظنية لكانت مغلظة فكيف وقد ثبتت بالدلائل القطعية **قوله** ولا يجوز بيعها لانه

تعالى

تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها ويشكل هذا بالزبل فانه متقوم مع انه نجس
العين فكانه اراد بالانجس ما حرم الانتفاع بها فقد اهانها من كل وجه والبيع اعزاز
من وجه فلا يجوز بخلاف السرقين فانه وان كان نجسا الا انه جاز الانتفاع به شرعا فكان
مهانا من وجه عزيزا من وجه فيصح بيعه او نقول ان المسقط للتقوم هو الهوان الثابت
من كل وجه وانه انما يثبت اذا ثبتت النجاسة يقينا بدليل قطعي كنجاسة الخمر ونجاسة
السرقين ثبتت بالدليل الا خبر من الاشربة ظنية فلا يوجب الهوان المطلق المسقط للتقوم فيجوز
بيعها **قوله** وان الانتفاع بالنجس حرام لانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به
اقتراب وهذا يشكل بالدردي والعذرة المخلوطة وكذا الدهن النجس فانه يجوز الانتفاع
بها في غير البدن اذا كانت النجاسة مغلوبة والاعتبار للغالب او نقول هذا جواب
القياس ولكنا استحسنا في السرقين لحاجة الناس الى القائها في الاراضي والتطيين
بها وجعلها وقودا فجوز الانتفاع للضرورة كما جوز الخرز بشعر الخنزير **قوله** وهو
ومقول بعض المعتزلة لعنهم الله اللعن على نوعين احدهما الطرد من رحمة الله وذلك لا يكون
الا للكافر والثاني الابعاد عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو مراد هنا لقوله عليه
السلام لا تكفروا اهل قبلتكم **قوله** واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب
فهو حرام مكروه وانما فسر التمر بالرطب هنا لما ان الشراب المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر
لا السكر وهو حلال عند ابي حنيفة رض وابي يوسف رح على ما يجي في قوله وقال في المختصر
ونبيذ التمر والزبيب الى آخره وهذا السكر حرام كذا في الشرح **قلت** نعم هو حلال
عندهما ولكن بشرط الطبخ والمذكور هنا النيء اي غير المطبوخ وجاز ان يكون النيء من
ماء التمر حراما وبعد الطبخ يصير حلالا حيث يذهب الرقة ويصير غليظا لا يدعو قليله الى
كثيره وفي النافعات وقالوا تفسير التمر بالرطب ان في نقيع اليابس ينبغي ان يكون خلاف
الاوزاعي كما في المطبوخ قليلا من عصير العنب والجامع ان في الاول ذهب البعض
بالنار وفي الثاني بالشمس والحاصل انه ذكر خلاف الاوزاعي في الزبيب لانه ذهب بعضه
بالشمس وهذا المعنى ثابت في التمر ولم ~~… ان يقال التمر … الرطب … ما يعقل الى~~
~~… التمر كان … ان يتوهم ان المراد بالتمر هنا التمر … ما يعقل~~
~~المراد به الرطب~~ اي ما بعد البراعم من ان يكون رطبا او يابسا والله اعلم **قوله** ولو جمع في
الطبخ بين العنب اي عصيره والتمر اي عصير الرطب او بين التمر اي نبيذ والزبيب اي
عصير الزبيب اي العنب وليس المراد بالزبيب منه حتى يخالف ما مر في المختصر ان نبيذ

الزبيب حلال عند ابي حنيفة اذا طبخ عندنا ادنى طبخة ويدل عليه قول المصنف
وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا حيث نبّه على ان ~~بين عصير العنب~~
ان المراد بالزبيب من العنب اي عصيره فلا يحتاج الى حمله على رواية معناه وهي انه
~~يسوط في نبيذ الزبيب زوال ثلثيه بالطبخ بذكر الخلاف علم ان المراد من التمر الرطب~~
~~والخلاف في الرطب وانما الخلاف في اليابس من التمر هذا كلامه~~ ~~**قلت قوله**~~
~~ويلتفي فيه خلاف الاوزاعي يمكن صرفه الى القسمين الاخيرين جميعا فيكون خلاف الا~~
~~وزاعي فيكون في حكم الخمر كالطلاء والسكر مذكور فيها~~ **قوله** حقيقة في رواية
لتعارض النصين فيه وهو قوله تعالى يتخذون منه سكرا ورزقا حسنا وقول النبي
صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وكذا اختلف فيه العلماء **قوله**
ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد رضي الله عنه سقاني ابن عمر رضي الله
عنه شربة ما كدت اهتدي الى منزلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال
ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه
حرمة نقيع الزبيب وما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب
والزبيب والرطب والتمر محمول على حال الشدة وكان ذلك في الابتداء بدليل
حديث عائشة رض كنت انبذ لرسول الله عليه السلام تمرا فلم يستمرئه فالقيت فيه
زبيبا **قوله** ولنا قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب **قلت**
هذا الحديث قد خص منه الاشربة الثلثة لا خبره الى هي من الاربعة المحرمة كما مر ذكره
والمخصص ما روي عنه عليه السلام انه قال الخمر من هاتين الشجرتين اي ما يتخذ
من هاتين الشجرتين من الاشربة فله حكم الخمر ولا يخفى ان المثلث العنبي متخذ من هاتين
الشجرتين فيجب تخصيصه عن قوله والسكر من كل شراب والتفرقة بين المثلث وغيره
بالدقة والغلظة راي ولا معتبر بالراي مع وجود النص **قوله** اذا العطف
يقتضي المغايرة الظاهرة دليل على ان المراد بقوله من كل شراب غير الخمر ولا يخفى
ان المعطوف هنا انما هو السكر لا كل الشراب فلو اقتضى العطف المغايرة ثبت المغايرة بين
السكر والخمر لا بينها وبين كل شراب لان المعطوف على الخمر هو السكر دون كل شراب
والمطلوب اثبات المغايرة بين الخمر وكل شراب لا بين الخمر والسكر فالدليل لا يمس جانب
المدعى وما يقال في جوابه ان المدعى ان المراد بالسكر حقيقة دون المسكر على معنى والسكر من
كل شراب اذ لو اريد به المسكر لم يتحقق المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه من كل وجه لكون من باب
كل

التعميم بعد التخصيص والمغايرة بين العام والخاص مغايرة من وجه ففيه بحث لان
المعنى والحكم على تقدير ان يراد بالسكر حقيقته او المسكر واحد اذ قوله حرمت الخمر لعينها
والمسكر من كل شراب يدل على ان الخمر حرام لذاته سواء اسكر او لا وساير الاشربة
حرام بصفة الاسكار وتحقيق قولنا المحرم هو السكر من كل شراب هو ما اسكر منه واحل الا
بان يقال المتمرد على نفي اباحة المسكر حتى يحتاج الى التسقام عليه الدليل **قوله** لقوله
عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة حصر التحريم بها **قلت**
قوله عليه السلام الخمر من خمسة اشياء وذكر العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل وفي
رواية نعمان بن بشير رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام ان من
الحنطة خمرا ومن الشعير خمرا ومن التمر خمرا ومن الزبيب خمرا ومن العسل خمرا كل ذلك
ينفي اختصاص التحريم بالكرمة والنخلة ويشعر بان المراد بقوله الخمر من هاتين الشجرتين
ان معظم ما يتخذ منه الخمر من هاتين الشجرتين **قوله** ويكره تخليلها احتج بقوله عليه السلام
نعم الادام الخل **فان قلت** روي ان انا سال النبي عليه السلام عن ايتام
ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا اجعلها خلا قال لا **قلت** تاويله ان القوم قرب عهدهم
كانت الفتنة بالخمر وكل الوقت يتميل اليه النفس فخاف النبي صلى الله عليه وسلم دواخل
الشيطان فنهاهم كيلا يتخذوا التخليل وسيلة اليها فيلتقطها الشيطان فيها فاما بعد طول عهد التحريم
فالنفوس لا تخفى عليها هذه الدواخل حيث مرن على الفطام عنها بدليل قوله عليه السلام
نعم الادام الخل وخير خلكم خل خمركم كذا في المنحة **كتاب الرهن**
~~**قوله** عقل تبرع جسم بالتبرع **قلت** ثم انه عقد تبرع ولكن العقد لا يلزم الكتاب~~
كتاب الصيد ذكر الصيد بعد الاشربة لان المعمول من الصيد اللحم وعادة اهل الترف
اكل اللحم بعد الشرب فلهما تقارب في الخيال حتى يقال شرابي وكبابي والجامع بينهما خيالي
قوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لقوله عليه السلام
اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط الله تعالى عليه الاسد وقد ذكر المصنف
في كتاب الحج ان اسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك لمعنى ان
الكلب الواقع في قوله عليه السلام يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والعقرب
والحية والكلب العقور ليس بمتناول لكل سبع كما قاله الشافعي رحمه الله ان
اسم الكلب يقع على كل سبع اذ اسم الكلب في العرف لا يتناول كل سبع والعرف
املك تعالى فهذا كون اسم الكلب لحمه لكل سبع لا ينفع هنا بعد ما كان مختصا في العرف

وقولنا المحرم من كل شراب

والمطلوب

اذا العرف الملك **قوله** وظنه حسب صيد اب صيد يحتاج في حل اكله
الى الذبح او الجرح فلا بد منه فما اذا اسمع حسا ظنه سمكا فرماه فاصاب صيدا لم يحل اكله
كذا قيل **وفيه بحث** اذ الخنزير لا يحتاج في حل اكله الى الذبح مع انه لو سمع
حسا ثم رماه فاصاب صيدا حل لا المصاب فالاولى ان يقال اراد صيد البر لقرينة
ان الرمي والارسال انما يكون في صيد البر وجه تصحيح ما في الحاشية ان الخنزير
ايضا يحتاج في حل اكله الى الذبح في حق الكتابي اذ الخنزير لهم كالشاة لنا **قوله**
ولان احتمال الموت بسبب دون آخر اعتبر ابو حنيفة رحمه الله هنا احتمال الموت
بسبب آخر غير الذي ظهر ولم يعتبر فيما اذا طرح في البئر حيوان ميت حيث قال ان للموت سببا
ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه كذا ذكر المصنف رحمه الله في فصل البئر **فان
قلت** ابو حنيفة اخذ في الموضعين بالاحوط والاحتياط في مسألة البئر في اعتبار السبب
الظاهر لتعيد صلوة يوم وليلة او ثلاثة ايام ولياليها وهنا في اعتبار المتوهم **قلت** قد
نص في الكافي ان الاحتياط انما يجب عند تساوي الاحتمالين فاما عند ترجح احدهما فلا
اذ المرجوح لا يزاحم الراجح **قوله** لان المسلم فيه في هذا اي في باب الصيد
قيل به لان ما اي غير معقول وفي مسألة المسلم فيه كالمتحقق كما ان المسلم فيه في باب السلم
لا يعلم مع التنافي لكونه غير معقول كالمتحقق حتى يجب اعلام راس المال ومعرفة
مقداره اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل لانه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا استبدال
في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى
رد راس المال والمسلم فيه في هذا العقد كالمتحقق لا يرتفع مع التنافي هذا لفظ الكتاب وفيه
يخرج الجواب عن الشبهة التي ذكر **قوله** ثم اصابه فقتله لم يؤكل وقال الشافعي رحمه
الله يؤكل كذا ذكر الشارح وذكر في الكافي خلافه في الفصل الاول حيث قال عندنا لا يؤكل
والقياس ان لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لاحتمال انه مات بسبب آخر ولنا
يحرجه لا يؤكل في الفصل الثاني عند الشافعي رحمه الله بالطريق الاولى **قوله**
اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فكان كما اذا جرح شاة الغير وهي
حيث لا يضمن فيه نقصان الجراحة لانه قيمة الشاة مجروحا الغرق والله اعلم ان نقصان
الجراحة انما يجب اذا اندملت او صارت في حكم الاندمال ان تعذر اضافة الموت اليه اما
اذا سرت الى الموت فالواجب فيه انما هو ضمان لا الاتلاف والجراحة الثانية في مسألة
الصيد مما لا يمكن اضافة الموت اليه لمعارضة الجراحة الاولى اياها فصارت في حكم الاندمال

فيجب ضمان النقصان ثم يجب ضمان نصفها لاحتمال الموت بالثانية واحتماله بالاولى
فيوزع الضمان عليهما واما في مسألة الشاة فالموت فيها مضاف الى الجراحة اذ الكلام
فيما اذا ماتت بها ولم يتدمل فيكون ذلك اتلافا لا تنقيصا ثم اتلافا حتى يضمن النقصان
ثم القيمة مجروحا **قوله** واما الثاني الخ قلت تخريج هذه المسألة يقتضي ان يكون الجواب
فيما اذا جرح المالك شاته بجراحة ثم جرحها الاجنبي وقد علم انها ماتت بهما ولا يدري
لذلك بان يضمن الاجنبي اولا نقصان جراحته لانه جرح مملوك الغير وقد نقصه ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ان كانت منه
نقل ضمانه يضمن نصف قيمته لحمه ~~لان جراحته~~ لا بما مع الجراحة الاولى كانت محلا
للذكوة لولا الجراحة الثانية فالاجنبي بجراحته افسد عليه نصف اللحم ولا يضمن النصف
الآخر لانه ضمن مرة وقد حل ضمان اللحم فيه

كتاب الرهن

قوله لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع **قلت** نعم انه عقد تبرع ولكن العقد لا بد له من ايجاب وقبول لان
الى ما ذكر المصنف رحمه الله في كتاب الهبة تعليلا لقوله وتصح بالايجاب والقبول حيث قال لانها
الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول فهو يشعر بان العقد لا
ينفك عن الايجاب والقبول وان كان عقد تبرع اللهم الا ان يراد بقوله عقد تبرع تصرف
فيتم بالتمليك او يقال ما ذكر من التعليل في الهبة فهو على قول البعض وهو عند القائل
بان الرهن يتم بالايجاب وحده ولا يدري ان معنى العقد متحقق في اليمين المعقودة ولهذا
يتم بالحالف بالاجماع وايضا قد نقلتم ان الكفالة لا تتم الا بقبول المكفول له في المجلس وعلله
المصنف رحمه الله بان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره
فلا يتوقف على ما وراء المجلس الى هنا لفظه فيدل على ان التمليك لا يتم الا بالايجاب
والقبول وان الايجاب المجرد شطر العقد وليس بعقد تام والرهن تمليك اليد كما
ان الكفالة تمليك المطالبة فيجعل القبول شطرا في عقد الكفالة دون الرهن مع وجود
معنى التمليك فيهما تحكم **وجوابه** ان التعليل الذي ذكر في مسألة الكفالة بناء على
قول من جعل القبول في التبرعات من الهبة والصدقة والرهن شطرا لا على قول
من جعل شرطا حتى اشكل الفرق على قوله بين الرهن والكفالة لجعل القبول في الكفالة
على قوله ايضا شرطا كما في الرهن وايضا يشكل قوله لانه عقد تبرع بما وقع في الكتاب غير
مرة ان الرهن ايفاء الدين من مالية المرهون والايفاء ليس من التبرع في شيء **وجوابه**
ان الرهن تبرع من حيث انه لا يستوجب بمقابلة ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا معاوضة

اذ العرف املك قوله وظنه حسب صيد ا صيد يحتاج في حل اكله الى الذبح او الجرح فلا بد له ما اذا سمع حسا يمكن فرماه فاصاب صيدا لم يحل اكله كذا قيل وفيه بحث اذ الخنزير لا يحتاج في حل اكله الى الذبح مع انه لو سمع حسه ثم رماه فاصاب صيدا حل له المصاب فالاولى ان يقال اراد صيد البر لقرينة ان لا رمي او لا ارسال انما يكون في صيد البر ووجه تصحيح ما في الحاشية ان الخنزير ايضا يحتاج في حل اكله الى الذبح في حق الكتابي اذ الخنزير حرام لهم كالمسلم قوله ولا ياتي احتمال الموت بسبب دون اخر اعتبر ابو حنيفة رحمه الله هنا احتمال الموت بسبب اخر غير الذي ظهر ولم يعتبر فيما ظهر في البر حيوان ميت حيث قال ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال عليه كذا ذكر المصنف رحمه الله في فصل البر فان قلت ابو حنيفة اخذ في الموضعين بالاحوط والاحتياط في مسئلة البر في اعتبار السبب الظاهر لتحمل صلوة يوم وليلة او ثلثة ايام ولياليها وهنا في اعتبار المتوهم قلت قد نص في الكافي ان الاحتياط انما يجب عند تساوي الاحتمالين فاما عند ترجح احدهما فلا اذ المرجوح لا يزاحم الراجح قوله وان المتوهم في هذا اي في باب الصيد قبله لان بابه غير معقول وفي مسئلة المتوهم كالمتحقق كما ان المتوهم في باب السلم لزعم المنافي وكونه غير معقول كالمتحقق حتى يجب اعلام راس المال ومعرفة مقداره اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل لانه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والمتوهم في هذا العقد كالمتحقق لزعم المنافي هذا لفظ الكتاب وبه يخرج الجواب عن الشبهة التي ذكر قوله ثم اصابه حيا فلم يذكه وقال الشافعي رحمه الله يؤكل كذا ذكر الشارح وذكر في الكافي خلافه في الفصل الاول حيث قال عند قوله اكل والقياس ان لا يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لاحتمال انه مات بسبب اخر ولنا ... فيجب ان لا يؤكل في الفصل الثاني عند الشافعي رحمه الله بالطريق الاولى قوله اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه يشكل بما اذا جرح شاة الغير وقد نقص حيث لا يضمن فيه نقصان الجراحة اولا ثم قيمة الشاة مجروحا فالفرق والله اعلم ان نقصان الجراحة انما يجب اذا اندملت او صارت في حكم الاندمال بان يعذر اضافة الموت اليها اما اذا سرت الى الموت فلا يجب فيه انما هو ضمان الاتلاف والجراحة الثانية في مسئلة الصيد مما لا يمكن اضافة الموت اليه لمعارضة الجراحة الاولى اياها فصارت في حكم الاندمال

فيجب ضمان النقصان ثم يجب ضمان نصفها لاحتمال الموت بالثانية واحتماله بالاولى فيوزع الضمان عليهما واما في مسئلة الشاة فالموت فيها مضاف الى الجراحة اذ الكلام فيما اذا ماتت بها ولم يتدلى فيكون ذلك اتلافا لا تنقيصا ثم اتلافا حتى يضمن النقصان ثم القيمة مجروحا قوله واما الثاني الخ قلت تخريج هذه المسئلة يقتضي ان يكون الجواب فيما اذا جرح المالك شاته بجراحة ثم جرحها الاجنبي وقد علم انها ماتت بهما او لا يدري لذلك بان يضمن الاجنبي اولا نقصان جراحته لانه جرح مملوك الغير وقد نقصه ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الاولى ما كانت نقصه والثانية ان كانت منه فقط ضمانه بضمن نصف قيمته لحمه لان جراحته لانها مع الجراحة الاولى كانت محلا للذكوة لو لا الجراحة الثانية فالاجنبي بجراحته افسد عليه نصف اللحم ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة وقد حل ضمان اللحم ثانيه

كتاب الرهن

قوله لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع قلت نعم انه عقد تبرع ولكن العقد لا بد له من ايجاب وقبول لا يرى الى ما ذكر المصنف رحمه الله في كتاب الهبة تعليلا لقوله وتصح بالايجاب والقبول حيث قال اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول فهو يشعر بان العقد لا يتخلى عن الايجاب والقبول وان كان عقد تبرع اللهم الا ان يراد بقوله عقد تبرع تصرف فيتم التمليك او نقول ما ذكر من التعليل في الهبة فهو على قول البعض وهو عند القائل بان الرهن يتم بالايجاب وحده لا يرى ان معنى العقد متحقق في اليمين المعقودة وانها يتم بالحالف بالاجماع وايضا قد تقدم ان الكفالة لا يتم الا بقبول المكفول له في المجلس وعلله المصنف رحمه الله بان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس الى هنا لفظه فهذا يدل على ان التمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول وان الايجاب المجرد شطر العقد وليس بعقد تام والرهن تمليك اليد كما ان الكفالة تمليك المطالبة فيجعل القبول شرطا في عقد الكفالة دون الرهن مع وجود معنى التمليك فيهما تحكم وجوابه ان التعليل الذي ذكر في مسئلة الكفالة بناء على قول من جعل القبول في التبرعات من الهبة والصدقة والرهن شرطا لا على قول من جعل شرطا حتى يشكل الفرق على قوله بين الرهن والكفالة لان القبول في الكفالة على قوله ايضا شرط كما في الرهن وايضا يشكل قوله لانه عقد تبرع بما وقع في الكتاب غير مرة ان الرهن ايفاء الدين من مالية المرهون والايفاء ليس من التبرع في شيء وجوابه ان الرهن تبرع من حيث انه لا يستوجب بمقابلة ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا معارضة

من حيث انه بالرهن يوفي دينه من ماليته فان اعتبر جهة كونه تبرعا فلا وجه
لاشتراط القبول وكذا ان اعتبر ايفاء لان من عليه الدين مستبد بالايفاء لا يشترط
له قبول الآخر واباما فلا وجه لاشتراط القبول في الرهن لكن للخصم ان يقول من
عليه الدين انما يستبد في الايفاء الحقيقي لا في الحكمي فلذا والرهن ايفاء حكمي فكان معاوضة
كالبيع الا كالدين وايضا الرهن يبطل بالشروط الفاسدة صرح به المصنف في اخر
كتاب الهبة وقد صرح هناك بان الشروط الفاسدة لا يعمل في التبرعات حتى لا يبطل
من حيث انه بالرهن يوفي دينه من ماليته فان اعتبر جهة كونه تبرعا فلا وجه لاشتراط
القبول وكذا ان اعتبر ايفاء لان من عليه الدين مستبد بالايفاء لا يشترط له قبول الآخر
واما فلا وجه لاشتراط القبول في الرهن لكن للخصم ان يقول من عليه الدين انما يستبد
في الايفاء الحقيقي اما في الحكمي فلا والرهن ايفاء حكمي فكان معاوضة كالبيع الا كالدين
وايضا الرهن يبطل بالشروط الفاسدة صرح به المصنف في اخر كتاب الهبة وقد صرح
هناك بان الشروط الفاسدة لا يعمل في التبرعات حتى لا يبطل الهبة بها فلو كان الرهن تبرعا
لما بطل بالفاسد من الشروط وجوابه ما ذكر في الكافي نقل قبيل باب الرهن يوضع في يد العدل
ان الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة لانه تبرع كالهبة قلنا ان منع **قوله** كالهبة
والصدقة فان القبول في الهبة شرط لثبوت الملك لا لوجود الهبة وكذا في الصدقة كذا في
الحاشية **فان قلت** القبول في باب الهبة لو لم يكن ركنا بل كان شرطا لثبوت الملك
لكان ينبغي ان يتوقف الايجاب على ما وراء المجلس كما يتوقف على القبض وليس كذلك قلنا نعم
لو كان الشرط نفس القبول لتوقف عليه وراء المجلس لكن الشرط هو القبول في المجلس
لاجماعهم على ان التمليكات يتقيد على المجلس فاذا لم يكن في المجلس فقد فات
الشرط فالحاصل ان القبول في المجلس لا بد منه في جميع التمليكات غير انهم اتفقوا على انه
في المعاوضات شطر واما في التبرعات فقيل شرط وقيل شطر وايا ما كان لو لم يقبل في المجلس
لم يصح التبرع في المجلس والله اعلم **فان قلت** لو كان الركن مجرد الايجاب
لزم ان يحنث بدون القبول فيما اذا حلف لا يرهن ولا يحنث صرح بذلك في جامع
المحيط **قلت** بل يحنث بدون القبول على قول من يقول بان الركن هو مجرد
الايجاب صرح بذلك بعض الشارحين فتدبر **قوله** شرط اللزوم اي الرهن
قبل القبض جائز لا انه غير لازم وانما يصير لازما في حق الراهن بالقبض
فكان القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في العناية والكافي والذخيرة والمغني

قال محمد في ... لا يجوز الرهن الا مقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط جواز
الرهن ثم قال قال الشيخ الامام خواهرزاده في ... الرهن قبل القبض جائز الا انه غير
لازم والاول اصح ولكنه يشكل ما معنى قوله القبض شرط جواز الرهن ان كان
معناه انه بدون القبض حرام غير جائز فلا يخفى ان الرهن بدون القبض ليس بحرام
يأثم به مرتكبه وان كان معناه انه بدون القبض لا يترتب احكامه عليه فذلك
هو مراد من جعله شرط اللزوم فلا يفترق القول بكونه شرطا للجواز او اللزوم
وان كان معناه انه بدون القبض غير منعقد يشكل بما اذا حلف لا يرهن فانه
يحنث بمجرد الايجاب عند من جعل الركن الايجاب ... والقبول عند
من جعل الركن كليهما ولو كان القبض شرط الانعقاد لما حنث قبل القبض لان
الرهن لم ينعقد بعد كما لا يحنث فيما اذا حلف تعلق بالطلاق طلاقها وحيث يحنث
علم انه شرط لترتب حكمه وقول محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضة معناه لا يفيد الحكم
الا مقبوضة وهذا امثل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يجوز الهبة الا مقبوضة
فان المراد به نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت اجماعا فكذا قول محمد ثم قوله والقبض
شرط اللزوم ظاهره يقتضي ان الرهن جائز مقبل لحكمه الا انه لا غير لازم ينقل الرهن
بفسخه وقول محمد يقتضي انه لا يفيد الحكم الا بالقبض وهو الظاهر **قوله**
ولنا ما تلونا والمصدر المقرون الخ ان كان الرهان مصدرا لمعنى المراهنة او كان
المصدر محذوفا بتقدير فرهن رهان مقبوضة فالآية حجة على مالك ودليل
على اشتراط القبض على ما ذكر في الكتاب وان كان الرهان جمعا فكان المعنى
فالذي يتوثق به رهان مقبوضة فكذلك لان احتمال هذا الكلام يدل على الخبر فكان
تعريف المسند اليه والمسند مسكوت في محل البيان اي ليس الذي يتوثق
بالرهان المقبوضة فيدل على اشتراط القبض لا سيما عند من يقول بمفهوم الشرط
والوصف فلما كانت الآية حجة لنا بكل حال لا يرد عليه ان الرهان ليس بمصدر
بل جمع وان تقدير المصدر هنا غير مسلم لان حمل الرهان على الجمع تأويل غير قادح
في الاحتجاج **قوله** ولهذا لا يجبر عليه **فان قلت** لا جبر في المعاوضة
ايضا فلذا لا يدل انتفاء الجبر على كونه تبرعا لا معاوضة **اجيب** بان الرهن
لو كان معاوضة لكان معاوضة بجهة انه قضاء الدين اذ لا وجه للمعاوضة هنا
سواه والمعاوضة في قضاء الدين مما يجري فيه الجبر ولا جبر في الرهن فعلم انه

ليس بمعارضة **قوله** فلا بد من إمضائه كما في الوصية بعين يجب امضاء
لما يجب امضا الوصية الا ان امضا الوصية سعا الموصي على الوصية الى حين
الموت وامضا الرهن بالتسليم وهذا يسقط ما يقال انه كيف يصح قياس الرهن
على الوصية في اشتراط القبض والقبض ليس بشرط في الوصية **قوله**
ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية **قلت** تنزيله قابضا بالتخلية اجبار
له على القبض اذ لا معنى للجبر عليه سوى تنزيله قابضا بالتخلية كما صرح به
المصنف ره في باب العتق على جعل والجبر انما يكون في الحقوق الواجبة
كتسليم المبيع والثمن واداء الدين لا في ما سواها من التبرعات والرهن عقد
تبرع لا يجبر فيه المرتهن على القبض فينبغي ان لا ينزل قابضا بالتخلية وتوضيحه
ان التخلية انما تجعل قبضا دفعا للضرر لان من عليه الحق ربما لا يتمكن من التقصي
عن العهدة لا بجعل التخلية قبضا وظاهر انه لا ضرر في غير الواجبة من الحقوق فلا تجعل
التخلية قبضا ثم ما ذكره المصنف ره من التعليل بقوله لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه
قبض المبيع فلا يجعل له تاثير في اعتبار التخلية لانما اعتبرت قبضا دفعا للضرر والضرر
انما يتحقق في العقود اللازمة كالبيع اما ما هو غير لازم في نفسه كالرهن قبل القبض
فلا تحتاج فيه الى اعتبار التخلية قبضا لانتفاء ضرورة داعية اليه وهي الاحتياج اليه
للتسليم تمام الموجب في البيع لتنزيله قابضا بالتخلية وهو وجوب التسليم لكونه عقدا لازما
فائت في الرهن فلا يتقاسان الليم الا ان يعتبر الرهن ايفاء فيحتاج الى تنزيله قابضا
بالتخلية اعتبارا لمثل لا ايفاء بالايفاء الحقيقي وذلك ان لا ايفاء الحقيقي والحكمي سيان في
في حق الراهن وهو يحتاج الى الايفاء اياما كان فلو لم يجعل التخلية قبضا ادى الى
ان يخرج نظار الرهن كاداء الدين في مكان الجياد وثمة ينزل قابضا بالتخلية اذا
رضي به لكنا هنا نحن في جعله قابضا بالتخلية نوهم لخوف الضرر بالمرتهن بان هلك
الرهن فيسقط دينه بالايفاء الحكمي ومنفعته في الايفاء الحكمي انقص منه في الايفاء
الحقيقي لان هذا الضرر دفعه بيده لتمكنه من نقض الرهن بالرد الى الراهن مع انه رضي
بهذا الضرر حيث قبل الرهن والضرر المرضي لا يجب دفعه **قوله** بخلاف البيع
لانه ناقل للضمان من البايع الى المشتري فان المبيع قبل التسليم الى المشتري كان مضمونا
على البايع بالثمن فانتقل المبيع منه الى المشتري بذلك الضمان بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا
ابتدا كذا في الشرح **وجواب هذه** النكتة ظاهر لان المبيع اذا هلك قبل التسليم

هلك

يهلك على حكم ملك البايع لانفساخ العقد به فلا يكون مضمونا عليه اذ انما
لم يضمن ملك نفسه وذلك لان المعنى بالمضمون ان يجب عليه بدله عند الهلاك
وبدل المبيع لا يجب على البايع اذا هلك قبل القبض لما ذكرنا انه يهلك على ملكه
واما رد الثمن فلا يجب بدلا عن المبيع بل لانه اخذه بجهة العقد ولم يبق تلك الجهة
فيجب رده وانما سمي المبيع في يد البايع مضمونا في قولهم والمبيع قبل القبض مضمون
بغيره باعتبار سقوط الثمن ان لم يقبض ورده ان قبض ولانه ليس بمضمون لانه
يهلك على ملك البايع فلا يجب عليه شيء كما لو هلكت الوديعة اليه اشير في
الكتاب وبعض الشروح وبما تلك نقول هذا كان قبض المشتري كقبض الغاصب
من حيث ان كلا منهما موجب للضمان لا ناقل للضمان غير ان اعتبار قبض الرهن بالشراء
اولى لان كل واحد منهما قبض بحكم عقد مشروع ولان كل واحد منهما مضمون
بغيره اما قبض الغصب فمضمون بنفسه **قوله** تم العقد فيه اشارة الى ان
اتصاف المرهون بهذه الصفات عند العقد ليس بلازم حتى لو لم يكن موصوفا بها
عند العقد واتصف بها عند القبض يتم والى انه لو لم يكن عند القبض موصوفا بها يكون
فاسدا اذ لو وقع باطلا لما قال صح ولما قال تم ودل انه بدونها يكون ناقصا والباطل فائت الاصل
والوصف والفاسد موجود الاصل معدوم الوصف كذا في الشاهان **قلت** ولكن المصنف
ره اشار بعد هذا الى ان رهن المشاع باطل حيث قال ان الامتناع لعدم امتناع رهن المشاع
لعدم المحلية المشاع لحكم الرهن والظاهر ان العقد في غير محله باطل كبيع الميتة والدم
قوله ذهب حقك ولا يراد به حق الجنس لان ذهابه مخصوص لا يحتاج الى
البيان وقد يقال جاز ان يكون المعنى ذهب حقك في الحبس على معنى انه ليس لك
ان تأخذ من الراهن بدله لم تحبسه فيكون الحديث بيانا لعدم وجوب الضمان على الراهن
للمرتهن بعد الهلاك **قوله** مع اختلافهم في كيفية الضمان فقال ابو بكر وعلي
مضمون بالقيمة وقال عمر بن مسعود مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وقال ابن
مضمون بالدين **قلت** قيمته اوكثر وقد قلنا لما تعارضت اقوال الصحابة فتعذر
العمل بها يجب ان يصار الى القياس وهو يقتضي ان يهلك امانة كيلا يفوت معنى
الصيانة على ما مر **قوله** لان الرهن ينبي عن الحبس الدايم والمعنى بالحبس
الدايم هو الحبس الى ان يستوفي ما حبس به فيكون مواضع استعمال الرهن دليلا عليه لانه
انما يستعمل في معنى الحبس الدايم بالمعنى المذكور وليس المراد به لابد حتى يشكل

بان موضع الاستعمال لا يثبت الحبس لابد **قوله** وثارتك برهن من باب التحويل
كانه انتزع من نفسه محزونا مصابا مبالغة في تحقق هذه الصفات له فخاطبه **قوله** برهن
اي ارتهنت قلبه بمقابلة نفسه كان نفسه غابت مستحقة للباخس فارتهنت نفسه اخذت
القلب رهنا محبوسا بالنفس الى ان يصل نفسه اليها **قوله** والاحكام الشرعية تنعطف
يقال عطفت العود فانعطف وعطفت الوسادة ثنيتها والانعطاف هنا كناية عن الموافقة
اي الاحكام الشرعية تجب ان تكون على وفق المعاني اللغوية والرهن في اللغة هو الحبس
الدائم ودوام الحبس ومن الحبس الى ان يستوفي ما حبس به انما يتحقق اذا ثبت للمرتهن
ملك اليد ولا كان للراهن ان يسترد منه للانتفاع وذا ينافي دوام الحبس ومن ضرورة
ملك اليد على عين الرهن ملك اليد على ماليتها وانما حبس حقه ويثبت يد الملك
على ما هو من جنس حقه استيفا للحق اذ لا معنى للاستيفا الا ان يثبت له الملك في
جنس حقه يدا ورقبة فاذا ثبت له ملك اليد وهلك الرهن في يده تم الاستيفا بل ان
تعذر الاستيفا ثانيا من حيث الرقبة لانه لا يمكن الا باماتت اليد ثانيا فيتكرر الاستيفا من حيث
اليد وانه غير مشروع ما سع الاستيفا ولا يتحقق باستيفا الدين سوى سقوط ولاية الاستيفا
قوله وهي اي الوثيقة حاصلة بان يكون اي يكون العين المرهونة موصلة الى الاستيفا
وذلك اي كونه موصلا الى الاستيفا ثابت بملك اليد وللخصم ان يقول انه ثابت بتعين المرهون
للبيع واستبداد المرتهن بيعه عند مماطلة الراهن في اداء الدين للقطع بان جواز البيع
حامل على الاداء والاستيفا فكانه عين ثبوت ملك اليد والحبس جهة في الوثيقة مع صلاح
تعينه للبيع لذلك ايضا محافظة على المعنى اللغوي رح يعود الى الوجه الاول فلا يكون
الثاني وجها اخر **وجوابه** ان الاصل في الرهن من وجوه الوثيقة هو الامن عن جحود
الدين فكانه جحود المرتهن الدين لان الرهن خلف الكتابة والكتابة لا يوجب الوثيقة الا من
حيث الامن عن الجحود فكذا الرهن اذ الخلف تحكي حكاية الاصل ومعلوم ان الوثيقة بالامن
عن الجحود لا يحصل الا بثبوت اليد ودوام الحبس فيجب ان يجعل ذلك حكم الرهن وتعينه
للبيع وان كان يحمله على قضاء الدين وبه يحصل الوثيقة لكنه لا يحصل به ما هو الاصل من وجوه
الوثيقة وهو الامن عن جحود الدين فتامل والله اعلم **قوله** فلا استوفينا ما يوديك
الى الربوا **قلت** ولو لم يتوقف لتضرر المرتهن حيث يبطل حقه في ملك الرقبة
فيجب ان يضمن المرتهن قيمة الرهن ويكون رهنا مكانه ثم ينقض الاستيفا برد القيمة
عند تعذر رد العين كما قالوا في مسألة الابريق وهي ما اذا رهن ابريق فضة قيمته ثمانية

على حذف المضاف اي دار ... فارتهنت محبوبك ايها المحزون صح

صح الى المعاني الشرعية مجازات بالنسبة الى المعاني اللغوية والمجاز من العلاقة وذلك بوجود المعنى اللغوي في الشرعي صح

فهلك الابريق حيث يضمن المرتهن عند ما بقيمته الابريق من خلاف جنسه ثم يردها
الى الراهن ويستوفي حقه لانه لا وجه الى الاستيفا بالوزن حيث يتضرر به
المرتهن ولا بالقيمة لانه يودي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس دفعا
للضرر عن المرتهن ولا يخفى ان تضرر المرتهن ببطلان حقه في الاستيفا بلا رقبة
فوق تضرره بالاستيفا من حيث الوزن في مسألة الابريق فلما وجب دفع ذلك الضرر
بالتضمين بخلاف الجنس وجب دفع هذا بتضمين الرهن بالقيمة اولى وجوابه مباينك ان شاء الله
تعالى **قوله** والاستيفا يقع بالمالية والعين امانة في يده ويشكل هذا بما اذا رهن
ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فهو بها فيه وان كانت اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة
لان الاستيفا عنده بالوزن ولا اعتبار فيه ووجه الاشكال ان الاستيفا اذا كان بالمالية
دون العين كيف يعتبر حقيقتها بالوزن في هذه المسألة والوزن يتعلق بالعين دون
المالية الا ان يقال الاستيفا بالمالية انما يكون فيما لا يمكن ان يجعل مستوفيا بالعين
اما اذا امكن فلا وذلك ان الاصل هو الاستيفا بالعين لتحقق اليد عليه حقيقة والاستيفا
باعتبار اليد ولكن جعلنا الاستيفا بالمالية فيما لا يمكن ذلك بالعين ضرورة فلما اذا
امكن نبقي على الاصل وفي مسألة الابريق الاستيفا بالعين ممكن لانه من جنس حقه والاختلاف
جودة ورداءة لا ينافيه كما لو ادى الزيوف مكان الجياد فيجعل مستوفيا بعينها **قوله**
وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشري اذا اشتراه لان العين امانة في يده **قلت**
ذكر تقريبا لا تبديلا وذلك انه جاز ان يكون العين مضمونا بالدين ولا ينوب عن قبض الشري
لان القبض المضمون انما ينوب عن قبض الشري اذا كان مضمونا بنفسه اي بالقيمة
اما اذا لم يكن مضمونا بنفسه بان لا يكون مضمونا اصلا او كان مضمونا بالغير كالمضمون بالثمن او
بالدين فانه لا ينوب عن قبض الشري صرح به في الكافي حتى لو باع عبدا من رجل و
قبضه ثم تقايلا فلم يسلمه الى البائع حتى اشتراه منه صح ولا ينوب قبضه عن قبض الشري
وان كان قبضه بعد الاقالة مضمونا بالثمن لانه لما لم يكن مضمونا بالقيمة لم ينب عن قبض الشري
فلا يكون علة نيابة قبض المرهون عن قبض الشري دليلا على كونه امانة لا مضمونا بالدين بقيمتها
قوله وهذا تحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة وقد
يشكل بان الحوالة يوجب فراغ ذمة المحيل مقيدا بعدم التوى فان الدين اذا توى على
المحال عليه يعود الى ذمة المحيل ولا ذلك الا لتحقق معنى الصيانة فلما كانت الحوالة
يدل على ان فراغ الذمة مطلقا ينافي معنى الصيانة على تقدير كونه مضمونا موجبا لسقوط

لسقوط الدين كما انه ليس في الحوالة معنى الوثيقة على تقدير سقوط الدين مطلقاً
فالقياس على الحوالة ليس كما ينبغي الا ان يكون ذلك بناء على زعم الشافعي فانه يرى
الحوالة مسقطا للدين مطلقا على ما مر **قوله** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون المعنى
من المضمون ما لا يمكن التفصي عنه الا بالاداء او بالابراء كذا في الشاهان **وفيه نظر**
لانه يخرج بهذا المعنى دين الكتابة فانه يسقط بالتعجيز ايضا مع ان الرهن به صحيح نص عليه
في نظم الزندويستي وغيره **وجوابه** انه قد قال بعض العلماء ان قوله مضمون احتراز
عن بدل الصلح عن دم العمد والخلع والكتابة والتنصيص بان بدل الكتابة مما لا يصح الرهن
به **قوله** والاستيفاء يتلو الوجوب فان قيل اليس انه اذا دفع ثوبا الى رجل على
ان يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنا وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين وقبل
وجود سببه قلنا لا بل بعد سببه لان القرض يثبت من حيث الاعتبار لانه دفع الثوب
بشرط القرض فاذا قبل للثوب ثبت القرض من حيث الاعتبار سابقا عليه كما في قوله
اعتق عبدك عني بالف درهم يثبت البيع سابقا على العتق فاذا ثبت القرض سابقا عليه
حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار كذا في الذخيرة والشرح وهو ظاهر
يقتضي ان القرض يثبت مقتضى كثبوت البيع في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم وذلك
غير مستقيم لان القرض لا يمكن اثباته اقتضاء اذ القبض من شرط الذي لا يسقط عنه بحال
وهو فعل حسي لا يمكن ان يثبت مقتضى ولهذا لا يثبت الهبة اقتضاء في قوله اعتق عبدك
عني بغير شيء حتى لو اعتق يقع العتق عن المامور دون الامر على ما عرف فالظاهر
ان يقال ان قبول الثوب وعد بالقرض والموعود كالموجود على ما يجيء بيانه **قوله**
ويمكن ان يقال الخ **فان قلت** اذا وجبت القيمة للمالك لزم اجتماع البدلين في
حقه لان ملكه لا يبطل عن المغصوب بالاتفاق حتى لو اعتقه المالك فقد عتقه ولو باعه
من غيره وله بينة عادلة صح فلو ملك القيمة مع ملك العين اجتمع البدلان في ملك واحد وانه
باطل كما مر **اجيب** بان العين المغصوبة عند من يقول بوجوب القيمة بمجرد الغصب
يخرج عن ملك المالك حتى جاز موقوفا ويدخل في ملك الغاصب دخولا موقوفا وجاز
ان يخرج الشيء عن ملكه ويكون له حق الاسترداد كالمبيع بيعا فاسدا **قوله**
على ما عليه اكثر المشايخ فيه نوع منازعة مع ما مر في كتاب الغصب من قوله وهو اي رد
العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص لانه قاصر وقيل الموجب الاصلي
القيمة ورد العين مخلص فقوله وقيل بعد ما قال في الاول قالوا يشير الى ان الاول

قوله لا الكل والله اعلم **قوله** ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه متصل
بالتخريج الثاني اي لاجل ان الغصب سبب للوجوب لا تبطل الحوالة وذلك ان الحوالة
انما لا تبطل لان التوى الى خلف كالا فوات ولا يمكن القول بخلفية القيمة للعين
الا ان تجعل سبب وجوبها هو سبب وجوب رد العين اذ الخلف انما يجب بما يجب
به الاصل **قوله** والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانه
لو لم تجعل الزيادة مرهونة يؤدي الى الشيوع او يبطل وهو الاصح المذكور في مبسوط
شيخ الاسلام وانما صارت الزيادة مرهونة لانه لا يمكن حبس قدر الدين الا بحبس الباقي
كما اذا رهن عبدا قيمته اكثر من الدين حبسه لا يتميز الزيادة من الاصل فثبت له حبس
الكل حتى لو تميزت الزيادة من قدر الدين لا يثبت حبس الزيادة بان كان الرهن عبدا
قيمته الفا درهم مرتهن بالف درهم من غير خطاء وقيمته من الفلوس الفا درهم فاخذ المرتهن
الفي درهم من القاتل واراد حبس الكل ليس له ذلك لانه امكنه حبس قدر الدين بدون
الزيادة كذا في الشرح ويشكل على هذا نماء الرهن مثل الولد والثمر واللبن والصوف
فانه يكون رهنا مع انه حبس الاصل بدونه ممكن اللهم الا ان يعتبر التبعية **قوله**
لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك وهو محتمل لانه يحتمل ان يهلك بعد الاستيفاء او يكون
هالكا قبل ذلك كذا في الحاشية **وفيه نظر** لان احتمال الهلاك بعد الاستيفاء
لو كان معتبرا لكان ينبغي ان يؤمر المرتهن اولا بتسليم الرهن ثم الراهن بتسليم الدين
لانه لو سلم الراهن الدين اولا لتكرر الاستيفاء على اعتبار هلاك الرهن بعد اداء
الدين الا ان يقال هلاك الرهن بعد الاحضار للتسليم قبل ان يسلمه نادر فلا يعتبر **قوله**
وان كان له حمل ومؤنة فيستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن **فان قلت** في
هذا يفوت التسوية **قلت** التسوية انما تجب في المبادلات والرهن ليس حقيقة
ولكن فيه شبهة المبادلة من حيث انه استيفاء لحقه قلنا بان قبض الدين لا يتوقف
على احضار الرهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة
يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه الخ هذا اشير في الشاهان
وفيه نظر لما عرف ان الرهن برأس مال السلم والصرف والمسلم فيه صحيح
فلو كان في الرهن شبهة المبادلة لما صح لحرمة الاستبدال فيها في الصرف والسلم والشبهة
في الحرمات ملحقة بالحقيقة احتياطا فالوجه ان يقال التكليف على احضاره انما اذا
كان الرهن غائبا يتضمن ضرر المرتهن بوجهين بتاخير حقه في اداء الدين الى وقت

الاحضار ويلزم النقل من مكان الى مكان ولم يلزمه اما الراهن فلا يتضرر الا بفوت
الشي بنفسه فكان رعاية حق المرتهن اولى لا يقال الراهن ايضا يتضرر بوجه آخر
وهو تكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك لان الاستيفاء الثاني واجب النقض عند الهلاك
برد ما استوفى الى الراهن فلا يلزم التكرر في الحقيقة قوله لانه صار مستوفيا اي
من الاصل عند الهلاك بالقبض السابق فان قلت ينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض
الدين لان حكم الرهن لم يبق بدليل انه مامور بالدفع الى الراهن قلت بقي
استحقاق الحبس لاحتمال ان يتحقق المؤدي فيظهر انه ما استوفى حقه فكان له استحقاق
الحبس كذا في الشاهان وفيه نظر لان ثبوت استحقاق الحبس لا يقتضي ان
لا يومر بالدفع الى الراهن والملة تخالفه فالاولى ان يقال حكم الرهن لا ينتهي بانتهاء
استحقاق الحبس بل بانتفاء القبض او الدين وكلاهما باق اما القبض فظاهر وكذا الدين
لما يبالك في اخذ كتاب الرهن ان الدين لا يسقط بالاداء بل يتقرر قوله ولان
باذن المالك في الطبرية ذكر القاضي الامام ابو القاسم يكره للمرتهن سكنى الدار المرهونة
وان اذن له الراهن لانها منفعة يجرها القرض وفي التتمة سئل الجندي عن المرتهن
اذا اباح له الراهن الانتفاع بالدار المرهونة هل يكره فقال فيها غبار الربا قال الاحتياط
في الاجتناب قوله ~~والنبي والبري في ذلك سواء لان العادة~~ قوله
ولان الذبحة على قدر الدين الخ قلت بل كل الرهن امانة في يد المرتهن عين المرهون
امانة حتى يكون الكفن على الراهن والمضمون انما هو المالية اذ الاستيفاء بالمالية على
ما مر فلا وجه لتخصيص الذبحة امانة فقد صارت مضمونة بالتعدي لان كل الرهن امانة
تصير مضمونة بالتعدي والتضمين بالقيمة غيره بالدين اذ الاول يوجب ملك العين
والثاني لا يوجبه لا يقال انما خصها بالذكر لان قدر الدين من قيمة المرهون لا يجب
عليه رده الى الراهن بعد التعدي فصار التعدي في ذلك القدر وعدمه بمنزلة
لانا نقول المضمون قبل التعدي انما هو المالية فاما العين فامانة وبعده تصير العين
مضمونا حتى يملكها المرتهن بعد التعدي ولا يملكه قبله فيجب ان يتعرض لضمان الكل
بعد التعدي ليعلم ان العين يدخل في ملكه لعله قوله والنبي والبري في
ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة وقد يتبادل لبس الخاتم في اليمنى مهجورا شرعا ومن
كالمهجور عادة فكان جعله بخنصر اليمنى كجعله في سائر الاصابع والدليل على انه
مهجور شرعا ما ذكر في الخلاصة والتتمة في اليمنى لانه تشبه بالروافض وجوابه

ان النجم

قوله علق المسألة
قلت ... واحد وان يودعه غيره فنفعل ... التعليل بان ... الرهن ... احضار ... لواحد ... العدل ... احضار ... المرتهن ... المرهون فلا وجه ... غيره وجوب ...

بكونها

ان التختم باليمنى غير منهي بل تركه افضل بدليل ما في شرح الكنز نقلا عن الذخيرة
ينبغي ان يلبس الخاتم في خنصره اليسرى دون سائر اصابعه ودون اليمنى
لان اللبس في اليمنى علامة الروافض واما الجواز فثابت باليمنى واليسرى جميعا
بفعل ... هذا كلامه وهو دليل على ان التختم باليمنى جائز غير ممنوع شرعا
ان تركه افضل ~~ايضا لا المقصود والعين متعلق بالعين فمقصود او رالمخفي ان ما يتعلق بالنبي~~
~~مقصود ... ضمانا ... الخ~~ قوله وحق الحبس في الكل
ثابت قلت نعم ولكن حق الحبس في الذبحة على قدر الدين ضروري
حتى لا يظهر في حق الضمان على ما مر فيجب ان لا يظهر في حق الاجرة ايضا فاعتبار
ضرورتها في حق الضمان دون الاجرة مشكل قوله لتعلقه اي تعلق العقد
بالعين فان قلت حق المرتهن ايضا متعلق بالعين حتى كان له ان يحبسها
~~الحبس~~ قلت نعم ولكن يتبع المالية لا مقصودا لان له حق الاستيفاء وانه
انما يتحقق بالقبض ما يجانس حقه والمجانسة انما هي بين الدين ومالية العين لكن
قبض المالية لا يمكن الا بقبض العين فيثبت له حق حبسها قوله لان وجوبه
لابقائها في ملكها اي ملك الراهن يعني ان العشر يجب في ذمة مالك الارض مطالب
باداءه الى الفقراء فاما قبل الاداء فهو باق على ملك صاحب الارض حتى لا يكون
الخارج مشتركا بينه وبين الفقراء فيكون الكل رهنا لانه مع كونه داخلا في الرهن
يقدم حق الفقراء بخلاف ما لو استحق جزء شايع حيث يظهر ان المستحق لم يكن في
الراهن مودى الى الشيوع قوله واما الاداء احدهما عما وجب على صاحبه
فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه لانه يمكنه ان يرفع الامر
الى القاضي حتى يامره بالانفاق ان كان حاضرا وان كان غائبا يامر الحاضر
بالانفاق عليه فان قلت مخبر الرهن اذا قضى دين المستعير يرجع بما قضى
وان امكن رفع الامر الى القاضي حتى يامر المستعير بالقضاء قلت المعير يحيي
ملكه والمرتهن يحيي حقه بالانفاق على الرهن والحق دون الحقيقة
فشرط التبرع في احياء حقه ان لا يمكنه بطريق اخر سوى ما صنع ولم يشترط
ذلك في احياء الملك كذا في الشاهان ومثل ما اذا اشترى الرجلان عينا فلم
يقبضاها حتى غاب احدهما فللاخر ان ينقد كل الثمن ويقبض المبيع ثم يرجع بحصة
الغائب عليه اذا حضر لانه مضطر فيه حيث لا يمكن من قبض نصيبه الا باداء كل الثمن

وكذا لتعلقه بالعين وحق المرتهن متعلق
بالعين لكنه

ضمنا مقصود لان العشر متعلق بالعين مقصودا
والمخفي ان ما يتعلق بالشي مقصودا اقوى مما يتعلق
ضمنا ولا اقوى مقدم

فلا يكون متبرعا لمعير الرهن بخلاف ما اذا كانا حاضرين فادى احدهما
كل الثمن بغير امر صاحبه حيث يكون متبرعا في نصيب صاحبه لانه يمكنه
ان يرافع الامر الى القاضي فيامر القاضي ان ينقل نصيبه فيمكنه قبض نصيبه
من الجميع فلا يكون مضطرا فيه كذا ذكر في المسايل المنثورة من كتاب البيوع فالشريك في
هذه المسئلة يحيي ملكه كالمعير مع انه يشترط لنفي التطوع ان لا يمكنه من الرفع الى
القاضي فلم يشترط في المعير لنفي التطوع فلعل لان ينال ملك الشريك ناقص لمكان
الشركة وملك المعير كامل من كل وجه فاشترط لنفي التطوع في احياء الملك القاصر
ان لا يمكنه بطريق آخر حال حضرة صاحبه دون حال غيبته ولم يشترط ذلك في
احياء الملك الكامل في الحالين واشترط في احياء الحق في كل الاحوال فلم يشترط في
معير الرهن اصلا لانه يحيي ملكه الكامل وشرط في حال حضرة الصاحب في مسئلة
الشرا دون حال غيبته لانه ملك قاصر وشرط ذلك في الحالين في الرهن لانه حق
لا حقيقة والله اعلم **باب ما يجوز** ارتهانه وما لا يجوز قوله ولا يجوز رهن
المشاع سواء كان مشاعا يحتمل القسمة او لا وسواء رهن من اجنبي او شريكه والشيوع
الطارئ يبطل الرهن هو الصحيح وصورته ان يرهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في
النصف او ما اشبه ذلك كذا في الشرح **وفيه نظر** لان الرهن لا ينفسخ بالقول
ما لم يرده الى الراهن والرد يقع على المعين دون المشاع فاذا رد البعض المعين
على وجه الفسخ بقي الباقي وهو متعين رهنا من غير شيوع فكيف يتحقق الشيوع عند التفاسخ
في النصف اللهم الا اذا فرضت صورة التفاسخ فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة فانهما لو
تفاسخا الرهن في نصف العبد المرهون ورد ذلك النصف الى الراهن على وجه
الفسخ يبقى الرهن في الشايع وطريق رد ذلك النصف ان يرد كله اليه بعضه بحكم الفسخ
وبعضه لا بحكمه وبهذا الطريق يمكن ان يفرض صورة التفاسخ فيما يحتمل القسمة ايضا
قوله فانه اي حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء اي فعلا وهذا اي ثبوت يد الاستيفاء
فعلا لا يتصور وانما قيدنا بقولنا فعلا لتصور ثبوت اليد على المشاع الا يرى ان المشاع اذا بيع
جاز بيعه ولو لم يحتمل القبض اصلا لم يجز لان ما لا يحتمله كالهالك وكذا الشيوع لا يمنع
جواز القرض مع انه يحتاج الى القبض وكذا الهبة فيما لا يحتمل القسمة جائز لصحة الشيوع مع
انها لا تتم الا بالقبض **قوله** والثاني ان موجب الرهن اي حقيقته ومدلوله
فالوجه الاول بناء على حكم الرهن اي اثره الثابت والثاني بناء على ما هو مدلول لفظه

الرهن

الرهن **قوله** لم يشرع الا مقبوضا بالنص اي لم يعرف شرعيته بالنص
وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة الا حال كونه مقبوضا فلا يكون مشروعا الا مقبوضا
لعدم ورود النص بشرعيته غير مقبوض فيبقى على العدم الاصلي الاستثناء
وحاصله ان الشرع ما شرع الاستيثاق الا بالرهان المقبوضة فلا يكون مشروعا
بدون هذا الوصف ولو جاز في المشاع لزم شرعيته بدونه اذ لا بد من المهايات **قوله**
بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو
فيما يقسم **قلت** قد ذكر المصنف رح في كتاب الهبة لعدم جواز الهبة في المشاع
وجهين احدهما لزوم غرامة القسمة وثانيهما ان القبض في الهبة منصوص عليه
فيشترط كماله ولا يتحقق كمال القبض في المشاع وفيما لا يحتمل القسمة ان لم يوجد الوجه
الاول فقد وجد الثاني لا محالة فينبغي ان لا يتحقق الهبة فيه ايضا كالرهن الا ان يقال
النص معلل بضرر مؤنة القسمة فلا يشترط كمال القبض الا فيما يتم فيه هذا الضرر وهذا كما
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم جوز بيع العقار قبل
القبض لان النص معلول بغرر الانفساخ على تقدير الهلاك ولا غرر في العقار لندرة
هلاكه **قوله** ولا يجوز من شريكه لان موجب العقد لا يتحقق فيما اضيف اليه سواء كان
مع الشريك او مع الاجنبي بخلاف الاجارة من الشريك فانها تجوز لان الشيوع انما يؤثر هناك لا
لان موجب العقد يتعلق به بل لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي يوجبه
العقد فان استيفاء المنفعة يكون من جزء معين وذلك لا يوجد في الاجارة من الشريك
فانه يستوفي منفعة الكل فيكون مستوفيا منفعة ما استاجره على الوجه الذي استحقه
بالعقد وبان لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد لا يمتنع جواز العقد كبيع الدهن
فان استيفاءه لا يمكن الا بالوعاء لا يمتنع به صحة العقد كذا في الشاهان **وفيه نظر**
لما عرف ان استيجار احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لعلة انه
لا يمكن استيفاء المنفعة منه الا بما لا يتناوله العقد فلو لم يكن تعذر الاستيفاء الا بما لم
يتناوله العقد مثل الجار استيجاره لانه يمكن استيفاء المنفعة منه بغير آخر اليد **وجوابه**
قد ذكرناه في الاجارات في اجارة المشاع فعليك به **قوله** وعن ابي يوسف انه لا يبطل الشيوع
الطاري لان حكم البقاء اسهل وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه
فالابتداء والبقاء سواء وقد يقال ان حكم الرهن يتحقق في المشاع الا يرى انه لو باع نصف دار
على ان المشتري فيه بالخيار ثلثة ايام فاذا تقابضا فسخ المشتري العقد بقي المبيع في يديه

قوله وهو

على حكم الرهن الاول ان هلك هلك بالثمن وان دخله عيب ذهب من الثمن بقدره فلو لم يكن الماء محلا للرهن وقابلا الحكم لما يتحقق حكمه في الماء اصلا وحيث يتحقق حكمه فيه علم انه محل له الا ان يقال الماء محل لحكم الرهن من حيث انه يقبل الحبس الدايم في ضمن حبس الكل وليس بمحل له من حيث انه لا يقبله مقصودا فقلنا انه لا يقبل الرهن القصدي لا ابتدا ولا بقاء ويقبل الرهن الضروري كما في المسئلة المذكورة عملا بالاعتبارين **قوله** وما يرجع اليه فالابتدا والبقاء فيه سواء **فان قلت** اذا تخمر العصير قبل القبض يبقى العقد مع ان الخمر ليس بمحل للبيع حتى لو باعه كان باطلا **قلت** الخمر محل للبيع من وجه اي من حيث انه مال دون وجه اي من حيث انه غير متقوم وما يكون محلا للعقد من وجه فالعقد لا ينعقد فيه ابتدا ولكنه يبقى منعقدا لما كان كالمعتدة فانه محل للنكاح من وجه فيبقى النكاح فيه ولا ينعقد ابتدا **فان قيل** اذا زوج الاب امته من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب وان تزوجت مكاتبها ابتدا لا يجوز **قلت** لان المكاتب لا يملك بسبب من الاسباب فكذا بالوراثة وفيما اذا تزوجت مكاتبها انما لا يجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه او من كل وجه لا يجوز هذا لفظ **قلت** هذا الجواب لا يجدي نفعا فان المراة لو تزوجت مكاتب ابيها بعد موت الاب لا يجوز ايضا كما لو تزوجت مكاتبها ويبقى النكاح في مكاتب الاب لو تزوجها في حيوته فقد بقي النكاح في مكاتب الاب بعد موته وانه ليس بمحل للنكاح ابتداء والفرق المذكور بين مكاتبها ومكاتب ابيها لا يتاتى هنا فالوجه هو ما ذكرنا ان ما يكون محلا من وجه دون وجه فالبقاء فيه يخالف الابتدا وما لا يكون محلا اصلا فهما فيه سواء ومكاتب الاب بعد موته يصير كمكاتبها فيبقى فيه النكاح لو تزوجها حال حيوة الاب لانه محل للنكاح من حيث انه حر لا ينعقد النكاح فيه ابتدا لانه ليس بمحل من حيث انه عبد **قوله** يبقى رهنا بحصته بكل بالموهوب العين من انه لو استحق عوضا نصف العوض لم يرجع في الهبة حتى يرد ما بقي وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح الكل من الابتدا وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده هذا كلامه وهذا التعليل الذي ذكر يقتضي ان يبقى الباقي رهنا بالكل ايضا لظهور ان ما بقي بعد الاستحقاق يصلح رهنا من الابتدا وبالاستحقاق ظهر انه ما رهن الا الباقي فصار كانه رهن هذا القدر من الابتدا ولو رهنه من الابتدا كان رهنا بالكل فكذا لا احد لا استحقاق فالفرق بين استحقاق بعض الرهن واستحقاق بعض العوض حيث

عوض

لا يسمى الباقي بعد الاستحقاق رهنا بالكل بل بحصته من الدين ويبقى في الهبة عوضا عن الكل يحتاج الى دليل فتامل **قوله** ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن الى اخره **قلت** هذا بعمومه يقتضي ان لا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل ولكنه لا يكاد يستقيم فيما يحتمل القسمة لما ذكرنا لان الرهن لا ينفسخ بمجرد **القول** وانما ينفسخ بالرد والرد يقع على المعين والباقي بعد الرد معين ايضا فلا يفضي الى الشيوع فينبغي ان يجوز فسخ العقد في بعض الرهن فيما يحتمل القسمة وجوابه تدبرت **قوله** لان الشجر اسم للنابت بدون الارض لا يتصور فصارت الارض من نوابعه فيدخل بذكره واما البناء فاسم لما بني منه الحايط كذا ذكر اهل اللغة وذكر صاحب الايضاح ان البناء عبارة عن النقض والمراد الشي الذي يبني به الحوايط **قوله** لان معنى مجاورته غير مانعة عن قبض المرهون وحده بخلاف مجاورة الثمر مع الشجر فانه يمنع قبض المرهون منهما وحده **فان قلت** فما قولك **قوله** لان الضمان ليس بواجب اذا كان المبيع مضمونا بغيره كالمبيع في يد المشتري بعد الاقالة قبل الرد الى البايع فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك هلك بالثمن **اجيب** بانه ايضا ليس بمضمون اذ الثمن لا يجب على المشتري بعد الاقالة بدلا عن المبيع الهالك بل يرتفع الاقالة ويعود البيع فيلزم الثمن بالعقد لا بالهلاك والمضمون ما يجب تسليم عينه حال البقاء وتسليم بدله حال الهلاك بسبب الهلاك **قوله** لانه اي الحمل شاغلا لها فلا يكون الدابة فارغة فلا يتحقق التخلية التي هي عبارة عن رفع الشواغل وذلك ان المرهون متى كان مشغولا بملك الراهن كان في يده وهي مانعة عن تحقق يد المرتهن لتعذر اجتماع اليدين **قوله** واما الكفالة لالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المال **وفيه بحث** لان الكفالة ايضا تمليك المطالبة حتى لا يتم بدون قبول المكفول له في المجلس قال المصنف هو فيما نقلنا ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الى ان قال ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس هذا النظر نظرا الى ان الكفالة تمليك المطالبة كما ان الرهن تمليك اليد فينبغي ان لا يصح في صحة الاضافة الى زمان في المستقبل او عدمه **وجوابه** ان الكفالة تشبه النذر من حيث انه التزام كالنذر وتشبه البيع من حيث انه تمليك المطالبة فاعتبر في بعض الاحكام معنى التمليك وفي بعضها معنى الالتزام فاعتبرنا معنى الالتزام في صحة الاضافة الى المال لمساس الحاجة الى الاضافة فانه قد لا يؤمن في الشراء الا بالكفالة بالدرك فتعين اعتبار التمليك

على الارض والثابت على الارض

فان قلت ما تقولوا فيما

في غيرها من اشتراط القبول في المجلس ونحوه وجه اخر انا لما وجدنا في الكفالة معنى التمليك والالتزام وقد امكننا اعتبار المعنيين في تعليق الكفالة بالشرط فان التعليق على نوعين تعليق بشرط متعارف وتعليق بشرط غير متعارف فقلنا يصح تعليقها بالمتعارف من الشرط عملا بجهة الالتزام ولم يصح تعليقها بغير المتعارف منه بجهة التمليك ولا يمكن العمل بالجهتين في توقف القبول على ما وراء المجلس فتعارض فيه الجهتان فلا يثبت التوقف بالشك والاحتمال **قوله** ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء وقيل من قبل هذا بما اشار اليه المصنف في باب البيع الفاسد في تعليل ابي حنيفة من ان جهة البيع انما يلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهذا المحل اي الذي لا دين هناك لا يقبل حقيقة الرهن فلا يلحق بها توضيحه ان الدين الموعود لو جعل كالمتحقق فهو مقبوض بحقيقة الرهن لم يجعل فهو ان كان مقبوضا بجهة الرهن فجهته انما يلحق بحقيقته اذا كان المحل قابل الحقيقة والرهن فيما لا دين هناك لا حقيقة ولا حكما باطل فلا يلحق جهته فيه بحقيقته فالتعليل الثاني اعني **قوله** ولانه مقبوض بجهة الرهن الى اخره لا يخلو عن تامل وايضا لو اخذ الرهن بالدرك فهلك في يده يجب ان يهلك مضمونا لانه اخذ بجهة الرهن فيلحق بحقيقة الرهن وهذا لان الرهن وان كان باطلا فهو مقبوض بجهة الرهن الحقيقة فيجب ان يكون مضمونا كما لو قبض ام الولد او المدبر بحكم البيع فبيعهما وان كان باطلا فهما مضمونان بالقبض عندهما وهو رواية عنه باعتبار انهما مقبوضان بجهة البيع فيجب ان يكون الرهن بالدرك مضمونا عندهما ايضا باعتبار انه مقبوض بجهة الرهن **والجواب** اما عن الاول فلان الرهن ان كان لا يتعلق الا بالدين فلا يخفى ان محل الرهن من العين المرهون دون الدين فيمكن ان يتحقق جهة الرهن فيما هو محله بخلاف ام الولد عنده فانه ليس بمحل للبيع فلا يتحقق فيه جهته واما عن الثاني فلان ام الولد والمدبر يقبل البيع ويدخلان فيه في الجملة حتى لو باع عبدا مع ام الولد او المدبر جاز البيع في العبد ولا يكون بيعا بالحصة ابتداء فيمكن القول فيه بتحقق جهة البيع بخلاف الرهن بالدرك فانه باطل من كل وجه فلا يتحقق فيه جهة الرهن لبطلانه وكونه في حكم العدم من كل وجه **فان قلت** الدين الموعود ان جعل كالمتحقق فلا حاجة الى اعتبار جهة الرهن لانه على هذا لا اعتبار رهن بالحقيقة وان لم يجعل كالمتحقق فلا وجه لاعتبار جهة الرهن اذ الرهن بالدرك باطل

وفيه لا يعتبر جهة الرهن حتى لا يكون مضمونا فكذا هنا **اجيب** بان الموعود كالمحقق التبة ثم يحتاج الى ان يكون كالمحقق هنا اعتباران احدهما ان يجعل الدين الثابت حكما كالثابت حقيقة في انعقاد حقيقة الرهن والثاني ان يجعل للدين الحكمي اثر في تحقق جهة الرهن دون حقيقته وذلك انه لو كان متحققا حقيقة كان الرهن به رهنا حقيقيا فمتى كان متحققا حكما يكفي لتحقق جهة الرهن اثباتا للشبه بقدر الدليل بخلاف الرهن بالدرك فانه لا دين هناك لا حقيقة ولا حكما فلا يثبت فيه جهة الرهن ايضا **قوله** والرهن بالدرك بان يبيع رجل عينا وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البايع رهنا قبل الدرك فانه باطل **قوله** ولا استيفاء قبل الوجوب لان الواجب من الذي يثبت في ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لا يجب قبل الاستحقاق كذا في الكافي **وفيه نظر** لان الثمن المؤدي الى البايع يجب دينا للمشتري عليه قبل الاستحقاق لكان المقاصة على ما عرف في قضاء الديون انه يجب للمديون بالاداء دين على الطالب ثم يقع المقاصة فعلى هذا كان الرهن بالثمن قبل الاستحقاق رهنا بالدين وانه جائز الا يري انه يبقى الرهن بعد اداء الدين لما سياتيك بيانه انشاء الله تعالى فقوله ولا استيفاء قبل الوجوب مسلم ولكن عدم الوجوب الثمن للمشتري على البايع غير مسلم على ما ذكرنا من صورة قضاء الديون **وجوابه** ان دين المديون ان كان يجب على رب الدين فيلتقي الدينان قصاصا ولكن الرهن انما يصح بالدين اذا امكن استيفاؤه وما يجب للمديون على الداين غير ممكن الاستيفاء لعدم الفائدة فلا يصح الرهن وهذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء فلا يشرع الا في موضع يمكن الاستيفاء **قوله** وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما وفيه بحث لان حكم الرهن يثبت به الاستيفاء على ما مر وانه يشعر بان الاستيفاء يحصل بمجرد قبض الرهن لكنه غير مقرر لاحتمال النقض بالرد الى الراهن فان لم يرد اليه حتى هلك تم الاستيفاء من حين قبضه فيجب ان لا يبطل عقد السلم او الصرف اذا افترقا قبل الهلاك لانهما افترقا عن قبض ومقرر هذا القبض بالهلاك فيجب ان يكون الامر في الحال موقوفا ان هلك في يد المرتهن صح العقد لوجود التقابض في المجلس وان رد بطل فاما الحكم ببطلانه بمجرد الافتراق قبل الهلاك فمشكل **قوله** بطل السلم ومعناه ان يجر حبس فيا للمسلم فيه فلم يبق السلم وقد يناقش بما سياتيك ان الاستيفاء يعتبر التوى ولا يسقط فيتقرر المسلم فيه بالاستيفاء ويتقرر بوجب تقرر السلم وايضا عقد السلم بالاستيفاء يبقى نهايته وفيه

فيلتغ

قوله فلم يبق السلم الذي يتم بقبلية رأس المال يعني ان عاد في حكم الباقي فيه ... حقيقة

٤

رح في غير موضع ان النبي بانتهابه بتقرر فلم ينفع ناريب البطلان بعدم البقاء
انما قوله فصار كالمغصوب اذا هلك و به رهن يكون ذلك رهنا بقيمته
هذا التشبيه غير طابق لما مر ان الرهن بالمغصوب انما صح من حيث ان الموجب
الاصلي للغصب مر وجوب القيمة وانما دين اورد حيث ان الغصب سبب
لوجوبها فتعتبر واجبة حكما كالدين الموعود وايضا فالرهن بالمغصوب ليس
الا رهنا بقيمته من الابتداء الا انه كان رهنا بالعين ثم اذا هلك يصير رهنا بالقيمة
حتى يكون نظيرا مسلمنا ولكن يكون رهنا بالعين والرهن لا يصح الا بدين مضمون
فلا بد من اعتبار القيمة ليصح الرهن فكانه شبه بالرهن بالمغصوب نظرا الى الصورة
فان الرهن يكون بالعين صورة ثم اذا هلك يصير رهنا بالقيمة قوله لانه
بدله وفيه بحث لظهور ان رب السلم انما يرجع بما ادى الى المسلم اليه عند فسخ
السلم لبطلانه بينهما عند سقوط المسلم فيه بالاقالة وذلك انه يجب لرب السلم على المسلم
اليه بعد تسليم راس المال مثل ما وجب له عليه بمقابلة المسلم فيه فيلتقيان قصاصا ثم اذا
سقط المسلم فيه بالتقاسخ لا يبقى له على رب المسلم مثل ما لرب السلم عليه فيبطل المقاصة
فيكون له ولاية المطالبة بدينه الذي وجب له عليه بتسليم راس المال لا انه يجب
له على المسلم اليه مقدار راس المال الذي سلمه اليه بمقابلة سقوط المسلم فيه حتى
يكون بدلا عن المسلم فيه فيكون الرهن به رهنا براس المال بل هو دين اخر و
الرهن بدين لا يكون رهنا بغيره اللهم الا ان يقال هذه بدلية اعتبارية من حيث انه
يثبت له حق الرجوع بقدر راس المال بعد بطلان حقه في المسلم فيه وانه يكفي
لبقاء الرهن قوله وان كان محبوسا بغيره قلت لا وجه لكون الرهن
مضمونا الا كونه مستوثقا به ولا استيفاء الا بالجنس فيجب ان لا يكون مضمونا الا بما جنس
به فكيف يكون محبوسا براس المال مع كونه مضمونا بالمسلم فيه فاما المشتري شراء فاسدا
فلعله ظاهر بعد انه محبوس بالدين حتى انه لو لم يكن محبوسا به بان لم يكن الثمن
منقودا كان مضمونا ايضا لانه مضمون باعتبار القبض بغير اذن الشرع فصار كالغصب
فجاز ان يكون مضمونا بالقيمة محبوسا بالثمن فاما الرهن فلا وجه لكونه مضمونا سوى ان
يصير مستوثقا به فحيث اذا لم يكن محبوسا به وجب ان لا يكون مضمونا به قوله
لان محله لا خذ المبيع قلت لو كان محبوسا لاخذه لصار رهنا به وانه غير مضمون
بنفسه وقد سبق ان الرهن لا يجوز الا بدين مضمون او بعين مضمون بنفسها اي بقيمتها والمبيع

بدل الثالث وان كان مضمونا بالثمن فهو مضمون بغيره وانه ليس بمحل للرهن وما يرجع الى
المحلية فالاثبات والبقاء فيه سواء قوله ويتأتى المانع في الباقين وهم الذين لا يحتملون
النقل من ملك الى ملك قلت الارتهان ايجاب الاستيفاء بالبدل دون الرقبة والمدبر
ان كان لا يحتمل النقل الى ملك غيره يحتمل ان يثبت يد غير المولى عليه من غير ان
يدخل في ملكه والرهن لا يدخل في ملك المرتهن لا عينه ولا ماليته اذ العين امانة
والمالية لا تحتمل التملك لكونه وصفا وانما يصير مستوفيا باثبات اليد على مالية المرهون
والعين كالكيس لما فيه من الدراهم وهذا النوع من الاستيفاء يتم فيما له مالية سواء كانت العين
مما يحتمل التملك كالقن او لا كالمدبر وام الولد وجوابه ان حكم الرهن عندنا ان كان هو
اثبات يد الاستيفاء الذي يمكن تحقيقه فيما له مالية سواء قبل التمليك من غيره او لا لكن ذلك
حكمه في حبوة الراهن اما بعد مماته فحكمه هو تعينه للبيع واستيفاء الدين من ماليته بالبيع لما نص
به المصنف في بعض المواضع من كتاب فلا بد وان يكون المرهون صالحا لاستيفاء الدين من ماليته
بالبيع والمدبر وام الولد لا يصلحان لذلك ولا يكونان محل الرهن وايضا الاستيفاء الحكمي
الحاصل باثبات اليد على المالية يجب جعله خلفا عن الاستيفاء الحقيقي والشيء لا يكون
محلا للخلف الا اذا كان محلا للاصل وما لا يحتمل الانتقال من ملك الى اخر ليس بمحل الدليل
للاستيفاء الحقيقي لانه لا يتصور الا بالانتقال من ملك الى ملك فلا يكون محلا لما هو خلف عنه
وهو الاستيفاء الحكمي الحاصل باثبات اليد فقط اذ لا بد للخلف من تصور الاصل قوله
فالخمر مضمون عليه كما اذا غصبه لانه اخذه بغير اذن الشرع فيكون العقد فاسدا فصار
كالغصب بخلاف ما اذا هلك الرهن بالمبيع وانه اذا هلك هلك بغير شيء ولا يكون كالغصب
وان قبضه بغير اذن الشرع لبطلانه ولا حكم للباطل واما رهن الخمر من المسلم فباطل لانه
بيع نظرا الى الذمي لانه متقوم في حقه ولم يصح نظرا الى المسلم فقلنا بفساده عملا بالشبهين وللفاسد
من العقود حكم فالحقناه بالغصب قوله بدين واجب ظاهرا فان قلت نعم
ولكن لا معتبر بالظاهر مع التيقن بخلافه وقد سمعنا بخلافه اذا ظهر بطلان البيع وايضا
قد عرف ان بقاء الرهن بقاء الدين والقبض جميعا حتى لو فات احدهما بطل الرهن كما لو
ابرأ وظهور ان الدين لم يكن لا يكون ادنى من ان يسقط بعد الثبوت بالابراء والرهن يبطل
بعد الابراء فبعد ظهور بطلان البيع وعلم وجوب الدين اولى اجيب عن الاول بان التيقن
بعدم الدين حادث وحدوثه لا ينافي ان يكون قبضه قبل حدوثه جهة الاستيفاء بعد ان كان الدين
ثابتا حين القبض ظاهرا فاذا استوفاه بالارتهان فقد قبضه بدلا عما عليه من الدين ثم لما ظهر انه لم

يمكن عليه ديتبين انه استوفاه ولم يكن له حق استيفاء فيجب رد ما استوفى الى من
استوفى منه كما لو استوفاه حقيقة ثم ظهر عدم الدين **قوله** والواحد لا يتولى طرفي
العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهذا اشارة الى الرهن يحتاج الى الايجاب
والقبول جميعا فكان حجة على قول بعضهم وان قيل ذكر في المتون الكتاب ان الرهن
من الايجاب فقط **قوله** ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
هذه المسئلة انما يتصور في الدين المؤجل اذ لو كان حالا لا يصير المرتهن مستوفيا حقه بنفس القبض
لانه ظفر على جنس حقه كذا في الشاهان **وفيه نظر** لما ذكر في الشاهان قبيل كتاب
الغصب ان رب الدين انما ياخذ حقه عند الظفر بجنس حقه اذا امتنع المديون عن الايفاء
اما اذا لم يعلم امتناعه بان كان غائبا فلا فهذا يدل على ان هذه المسئلة متصورة في الحال
من الدين ايضا لانه يمكن ان يكون الدين حالا ولا ياخذه المرتهن وان ظفر بجنس حقه لعدم
العلم بامتناعه ولئن سلم ان العلم بامتناعه ليس بشرط فليس ان الدائن يصير مستوفيا اذا
وقع في يده من مال المديون بجنس حقه ما رآه انه له لو ان ياخذه ولو لم ياخذ اقتضاء
فلذلك ايضا بين ما ذكر في الذخيرة حيث قال له على آخر الف درهم فقال المديون
لرب الدين امسك هذه الالف الوضح بحقك واشهد لي بالقبض وهذا اقتضاء ولو قال امسك
هذه الالف الوضح حتى اتيك بحقك واشهد بالقبض فهذا رهن **قوله** ولا الى اعتبار
القيمة لانه يودي الى الربا اي لا وجه الى الاستيفاء باعتبار القيمة لانه لو صار مستوفيا
من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة لصار مستوفيا من دينه ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون
ربا كذا في الحاشية **وفيه نظر** لان استيفاء ثمانية من دينه بعشرة من حيث الوزن
انما يلزم ان لو كان الاستيفاء عند اعتبار القيمة بالعين لا بالمالية وليس كذلك لما مر
ان الاستيفاء يقع بالمالية والعين امانة فكان الاستيفاء عند اعتبار القيمة بالمالية دون
العين ويبقى المرهون على ملك الراهن ومالية الابريق ثمانية فكان مستوفيا ثمانية من
دينه بثمانية من مالية الرهن فلا يودي الى الربا على الوجه المذكور ولئن **قلت**
معناه انه لا وجه الى التضمين بالقيمة بجنسها لانه يودي الى الربا اذ لو ضمن عشرة من حيث
الوزن بثمانية لزم ان يتملك العشرة بالثمانية وهو ربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس
قلت فيه ايضا اشكال لان كان التضمين بجنسها ربا وان لم يكن بجنسها خيرا لا ربا
انه لو انكسر الابريق وقيمته اقل من وزنه فانه يضمن بقيمته من خلاف جنسه او رديا من جنسه
بلا نقصان فليجز التضمين بالجنس رديا صورة الهلاك ايضا اللهم الا بحذف المعطوف اي فصرنا

الى

الى التضمين بخلاف الجنس او بجنسه رديا وهكذا في قوله وعند محمد يضمن القيمة من خلاف
جنسه اي من خلاف جنسه او بجنسه رديا وحاصل تعليلهما ان الاستيفاء هنا متعذر لانه ان
كان بالوزن لزم الضرر بالمرتهن وبطل حقه في الجودة وان كان بالمالية لزم اعتبار
الجودة عند المقابلة بالجنس وهي ساقطة عند المقابلة به لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء
تعين التضمين غير ان التضمين بالقيمة بجنسها جيدا متعذر لما فيه من الربا فصار الى
التضمين بخلاف جنسه او بجنسه رديا والله اعلم **قوله** لينتقض القبض اي الاستيفاء
وذلك ان استيفاء الدين قد حصل بالهلاك ولا حاجة الى نقضه دفعا للضرر عن المرتهن
فصرنا الى التضمين لينتقض استيفاؤه ويجعل الضمان مكان الرهن اولا فيتملك المرتهن
من استيفاء حقه كذا قال **قلت** ما ذكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله من انه لا وجه الى الاستيفاء
بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن يشكل بجميع صور الرهن لان المرتهن يصير
مستوفيا دينه بالهلاك بدلا لا رقبة وفي جعله مستوفيا بالبدل ابطال حقه في ملك
الرقبة فينبغي ان يصار الى التضمين لينتقض الاستيفاء الحكمي فيتمكن المرتهن من الاستيفاء
بدلا ورقبة دفعا للضرر عنه **قلت** هذا الضرر متحمل بالنصوص التي هي ناطقة
باستيفاء المرتهن حقه من الرهن بالهلاك والراضي في تحمل الضرر الذي يلحقه بابطال
حقه في الجودة بقي على ما يقتضيه القياس على انه لا فائدة في هذا التضمين للقطع بانه
لا فائدة في ضمان قدر الدين ثم الرجوع عليه بمثله والفائدة ههنا متحققة حيث يعود حقه
في الجودة **قوله** ويجعل مكانه اي الضمان مكان الرهن ثم يملكه اي ثم يتملكه الراهن
بقضاء الدين فيتملك الراهن ما جعل مكان الرهن اولا وفي بعض الحواشي اي
ثم يملكه المرتهن وهو لا يصح لان تملك المرتهن اياه لا يخلو اما ان يجعل ذلك المضمون
رهنا مكان الاول ثم يملكه او يملكه قبل ان يجعل رهنا مكان الرهن الاول فان
جعله رهنا ثم يملكه لا يصح لان ذلك حكم جاهلي ولو قلنا بانه يملكه قبل ان يجعله مكان
الرهن الاول كان مخالفا لرواية مبسوط شيخ الاسلام والاسرار وشروح الجامع
الصغير وغيره كذا في الشرح **قلت** جاز ان يراد الاول اي يملكه المرتهن بدلا
بعد جعله رهنا مكان الاول من حيث المالية تملكا غير مستقر كما هو الحكم في سائر صور الرهن
اذ المرتهن يتملك مالية الرهن بدلا بمجرد الرهن ولكن هذا التملك غير مستقر لاحتمال النقض
باداء الدين ورده الى الراهن حتى لو هلك في يد المرتهن يتقرر ذلك التملك فعلى
هذا صح ان يكون الضمير في يملكه للمرتهن والاعتراض انما يلزم ان لو كان المراد بالتملك

من الاحتباس الكلي بحيث لا يمكن الراهن من استرداده باداء الدين وليس
المراد ذلك فلا يلزم الاغلاق الذي هو حكم جاهلي ثم جاز ان يكون الضمير المنصوب
في يملكه للمضمون اي يجعل وهنا مكان اولى ثم يملك المرتهن المضمون وذلك
ان الضامن انما يملك المضمون بعد تسليم الضمان الى المالك او الى نائبه وهنا لا تسليم الى
المالك وهو الراهن فلا يملكه المرتهن الذي هو المالك في قبض الرهن الا بان ينقض
حكم الرهن حتى يتحقق تسليم الضمان الى نائب المالك فيملكه بالضمان **قوله**
واستيفاء الجيد بالردي جائز هكذا وقع في بعض النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفاء
الردي بالجيد لوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به يدل على ان
الاصح ان يقال استيفاء الردي بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان
الجيد ولان في جواز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة فيه فلا حاجة الى الاستدلال الذي
اخذ والثاني ان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن بعشرة قيمة ابريق هي اقل من
العشرة لرداءة فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيده كذا في الشرح **قلت** قولنا
استوفى الجيد بالردي يحتمل معنيين احدهما استوفى الجيد بمقابلة الردي والثاني
استوفى الجيد بقبض الردي وكذا قولنا استوفى الردي بالجيد يحتمل ان يكون معناه
استوفى حقه الردي باخذ الجيد فاستوت العبارتان والمراد بقوله استيفاء الجيد بالردي
هو المعنى الثاني بقرينة المقام اي استيفاء الحق الجيد باخذ الردي ممن عليه الحق
جائز كما اذا تجوز به وهذا صحيح جدا **قوله** كما لو تجوز به وهذا لانه لما قبض الرهن
مع علمه انه بهلاكه يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن فكانه رضي بزوال حقه في
صفة الجودة كذا في الشاهان **وفيه نظر** لما وقع في غير موضع ان العوام لا علم لهم باحكام
المسائل المجتهدة حتى لا ينزل المشتري عالما بحرف البيع الى تغير واحد فيما اذا اشترى
صبرة كل قفيز بدرهم وعلله الشارح بان العوام لا علم لهم بالمسائل المجتهدة فلا ينزل المشتري
عالما بالصرف الى واحد من القفزة والاستيفاء عند الهلاك مجتهد فيه فكيف ينزل عالما ههنا
بزوال حقه في صفة الجودة **قوله** لانه لا يلزم من مطالب ومطالب وتقدير يقال
ان الاب يجوز له ان يشتري مال الصغير ويتولى طرفي العقد مع انه يصير مطالبا ومطالبا
اذ حقوق البيع الى العاقد لان الامتناع لتعطيل الحق ولا اب لو فور الشفقة على الصغير
لا يعطل حق الصغير ظاهرا فلا باس ان يكون مطالبا ومطالبا فكذا ههنا لان الشفقة
على نفسه اتم منها على صغيره فلما جاز ذلك لحق الصغير جاز لحق نفسه اولى **وجوابه**

انا ما جوزنا ان يكون الاب مطالبا ومطالبا تنزيلا له منزلة الشخصين كانه من حيث انه نائب
عن الصغير شخص ومن حيث ذاته لقطع النظر عن النيابة شخص اخر فيكون المطالب
في الاعتبار غير المطالب اما ههنا المرتهن فليس بقائم مقام الراهن بوجه حتى يمكن
ان يجعل شخصين ليصير مطالبا باخذ نعم للخصم ان تترك المطالبة بقولوا لوجوب وهو الايجاب
الضمان على المدرك بتدارك للمرتهن ان يترك الي قيمة المرهون من غير ان يطالبه المرتهن
والمطالبة من نفسه ان كان ممتنعا فاداء الضمان منه من غير مطالبة جائز **قوله**
وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه يعني لا يمكن ان يقال ايضا ان المرتهن يضمن لانه
صار مستوفيا بالهلاك فصار المستوفي بالهلاك ملكا له ومن المحال ان يضمن الانسان ملك
نفسه ولما تعذر التضمين تعذر النقض كذا في الشاهان **وفيه نظر** اما اولا فلما
صرح به في الشاهان فيما تقدم عند قوله ولا استيفاء بقوله بالبيت ان العين امانة في يد المرتهن
وهو بمنزلة الكيس للمالية فكان الراهن جعل قدر الدين في كيسه وسلمه اليه
ليستوفي حقه منه فعند الهلاك في يده يتم استيفاؤه في قدر حقه الا انها لم تصر ملكا له لان
المالية صفة العين ولا اوصاف لا تملك قصدا الي هنا النظم فهذا انص بان المستوفي في
هو المالية لا نفس ملكه له وهذا هو المفهوم من الكتاب فيما سبق حيث قال في اول الباب
عند بيان ان الرهن مضمون ولا وجه الى استيفاء الباقي بعد الاستيفاء بل وهو ملك الرقبة
بدونه اي بدون ملك اليد فهذا انص بان الملك في الرقبة لا يثبت للمرتهن بالهلاك
فلم لا يضمنه باعتبار ملك الرقبة على ما هو الاصل في الضمان لما عرف **وجوابه** انه
ان لم يملك الرهن فقد يملك اليد عليه فلو ضمن لا يخلو اما ان يضمن بمقابلة ملك اليد
او بمقابلة ملك الرقبة لا وجه للاول لان ملك اليد للمرتهن والانسان لا يضمن
ملك نفسه ولا للثاني لان الضمان لابد له من مطالب ولا مطالب ههنا فعلى هذا
كان التعليل بطريق الترديد وايضا ما ذكر ان عين المرهون امانة في يد المرتهن وانه
بالهلاك يصير مستوفيا حقه بالمالية بدا بالمالية لا دفعه فذلك فيما اذا لم يكن المرهون
من جنس حقه اما اذا كان من جنسه يصير مستوفيا بالعين فيدخل العين في ملكه
لما روي انه يستوفيه من حيث الوزن وهو يتعلق بالعين دون المالية واما ثانيا
فلما ذكر في الذخيرة ان الرهن بعين مضمونة بنفسها جائز وله ان يحبس الرهن حتى
يسترد العين فان هلك الرهن في يده قبل استرداد العين يرد الاقل من قيمة العين
او الرهن ويسترد العين وقد سبق ان الرهن بالعين المضمونة بنفسها رهن بالقيمة

للمضمون

او استوفى الردي بمقابلة الجيد

وجه ومطالبا

كما لا يمكن ان يقال يجب على الضامن اي لما لا يمكن ايجاب
الضمان لانه لابد من مطالب ومطالب لا يمكن نقض
من غير ايجابه ايضا

التي هي دين اما باعتبار انها الموجب الاصلي ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور
واما باعتبار تحقق سبب وجوبها على ما ذهب اليه البعض فاذا كان رهنا بالضمان يصير
مستوفيا الضمان عند الهلاك مع انه يضمنه لا سترداد العين وبه تضمين الانسان ملك
نفسه وهنا لا يضمن حتى لا يأخذ حقه كملا فلا بد من الفرق ثم هما يفترقان على النكتة الاولى
وذلك ان الغاصب هنا مطالب للقيمة من المالك وان يده نائبة فربما يكون الغائب في
دفع العين واخذ القيمة بخلاف مسئلتنا اذ لا نائبة للراهن في نقض هذا الاستيفاء بل نائبته
في ابقائه ثم حيث يرد في الجيد بتسليم الردي فيجب اعتبار الحالة الانكسار بحالة الهلاك
وفيه نظر اما اولا فلان الاعتبار بحالة الهلاك لا يوجب التخيير بين ان يفتكه ناقصا
وان يجعله بالدين بل الاستيفاء بالمالية بتعين عند الهلاك والمدعي هنا هو التخيير **وجوابه**
ان المطلوب اثبات ان له ان يجعله بالدين اما جبرا وان يفتكه بجميع الدين باعتبار ان له
ان يتحمل الضرر مع تمكنه مرة فقد يجعله بالدين واما ثانيا فهو الذي اشار اليه بقوله
قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية يعني ان الاعتبار بالهلاك لا يقتضي ان يجعله بالدين
بمعنى ان يملكه المرتهن بدينه لما ان الاستيفاء بالمالية يكون واما العين فامانة في يده
حتى يكون كفنه على الراهن وجوابه ما ذكره **قوله** وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة
ثم تقع المقاصة لان تملك المرتهن عين الرهن بالدين وهنا يحتمل امرا اولا فلانه لو كان
مضمونا عليه بالقيمة لكان ينبغي ان يملكه المرتهن اذ الضمان من اسباب الملك وقد سبق
ان العين امانة حتى يكون كفنه على الراهن **وجوابه** ان المراد بقوله مضمونا بالقيمة
انه مضمون بالنظر الى القيمة بمعنى ان قيمته هي المضمونة لا العين لانها امانة وذلك ان
الرهن ابتداء الدين بقيمة المرهون والعين كالكيس لها فهي بمنزلة ما اذا دفع المديون
دراهم في كيس ليستوفي رب الدين دينه منه والمضمون هناك على رب الدين هو
الدراهم دون الكيس كذلك هنا المضمون على المرتهن هو قيمة الرهن لا عينه فتقع المقاصة
بين الدينين فالمضمون في الرهن هو القيمة بالمثل لا العين بالقيمة فلا يتملكه المرتهن وعلى
هذا التحقيق يكون الباقي قوله بالقيمة للسببية وليست بصلة لقوله مضمونا فلا يرد ما قيل
واما ثانيا فلما ذكر ان الاستيفاء بالمالية دون العين انما يكون فيما لا يمكن الاستيفاء بالعين وذلك
بان يكون المرهون من خلاف جنس الدين اما اذا كان من جنسه فالاستيفاء يكون بالعين
ولهذا يصير مستوفيا بالوزن دون القيمة ولا ريب ان المنكسر من جنس الدين فيكون الاستيفاء
هنا بالعين فيتملكه المرتهن لانه يقبل التملك واما ثالثا فلان التقاصي انما يقع اذا تجانس

الدينان

الدينان فينبغي ان لا يقع المقاصة في الرهن فيما لا تجانس بين قيمة الرهن والدين كما في
الرهن بالمسلم فيه فانه لا تجانس بين قيمة الرهن والمسلم فيه اذ القيمة لا تكون الا ثمنا
والمسلم فيه لا يكون الا مثمنا فينبغي ان لا يقع المقاصة في الرهن بالمسلم فيه اذ لا تماثل
عند اختلاف الدينين **وجوابه** ان المسلم فيه يجب بصورته ومعناه اعني القيمة وبهلاك
الرهن يصير المرتهن مستوفيا لمعناه بطريق المقاصة وذلك بان يجب على المرتهن مثل قيمة
الرهن او الدين للراهن وله عليه مثل ذلك وهو معنى المسلم فيه فيلتقيان قصاصا فيصير مستوفيا
للمسلم فيه بمعناه ثم لما استوفاه من حيث المعنى تعذر استيفاؤه من حيث الصورة لما فيه من تكرار
الاستيفاء فالحاصل ان المرتهن لا يستوفي بمالية المرهون صورة المسلم فيه ومعناه حتى يلزم
الاستبدال والمقاصة مع عدم التجانس بل يصير مستوفيا معناه بمالية المرهون عند استيفاء
المعنى يمتنع من استيفاء **الصورة** لما فيه من تكرار استيفاء المعنى كما مر واما رابعا فلما عرف ان المرتهن
يصير مستوفيا دينه بهلاك الرهن مؤجلا كان الدين او حالا فلو كان الاستيفاء بطريق المقاصة
على نحو ما ذكر لكان ينبغي ان لا يقع الاستيفاء بالهلاك فيما اذا كان الدين مؤجلا اذ المقاصة
مشروط بما اذا كان الدين حالا او مؤجلا **وجوابه** ان الرهن ايفاء للدين بقيمة الرهن
فكان **الراهن** راضيا بسقوط حقه في الاجل كما لو عجل الدين **قوله** وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي وقد يقال معنى غلق الرهن صيرورته مملوكا للمرتهن لا
لم يرده الراهن الدين الى وقت كذا وجعله بالدين هنا عبارة عن جعله لا بمقابلة الدين
وهذا بيع للرهن من المرتهن بالدين الذي عليه ولا منع من بيعه منه بالدين بالاجماع **قوله**
ويقدر بسدسه حتى لا يبقى الرهن شائعا **فان قلت** لما ملك المرتهن خمسة
اسداس بالضمان بقي رهن السدس الواحد شائعا بالضرورة فيجب ان يفسد واذا فسد
وجب ان لا يجبر على الافتكاك كما لو رهن السدس الشائع ابتداء **اجيب** بان هذا القدر
من الشيوع الذي لا مرد له عفو دفعا للضرر عن المرتهن **قوله** ويكون الى السدس
المفرز مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا **فان قلت** فلم لا يقدر الامانة فانما يجب
ضرورة عدم التمييز حتى لو امكن التمييز لم يكن الزائد رهنا كما لو رهن عبدا قيمته الفان بالف
وقيمة الالفان فما زاد المرتهن لا يجب كل القيمة لم يكن له ذلك وهنا الماضي خمسة اسداس
منه صار المضمون بالدين متميزا عن قدر الامانة فيجب ان لا يكون الزائد رهنا معه **اجيب**
بان ما ضمن المرتهن ليس بتمييز قدر المضمون بالدين لا ثبت ما هو مضمون بالدين حتى
يتميز المضمون عن قدر الامانة **قوله** وانه يلائم الوجوب والوجوب مقتضى العقد

حقيقة

ففعل

وكان مقتضاه حكما فلم اعتبرنا فيه المعنى ومن كونه مقتضى العقد حكما قوله ومن ثم لم نعلل
لكونه مقتضى حكما لانه ما صار مقتضى له حكما الا لكونه مالا تاما وقوله للجهالة تعليل للصورة الاولى
وهي ما اذا كان الرهن والكفيل غير معين دون الثانية وهي ما اذا كان الكفيل معينا
لظهور ان الغيبة لا توجب الجهالة بل الفساد في الوجه الثاني باعتبار ان القبول
في الكفالة شرط في المجلس ولم يوجد فبقي شرطا مخصوصا ليس فيه معنى التوثق
الذي يعتبر به ملائما **قوله** فان رهن عينا واحدا عند رجلين بدين لكل
واحد منهما عليه صح كانا شريكين فيه او لا جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما
لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار تعدد
المستحق وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار
محبوسا بدين كل واحد منهما فكان استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام
بخلاف الهبة من اثنين عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان هناك لا بد من انقسام الحكم
وهو الملك بينهما فيدخل الشيوع وفيما نحن فيه لا حاجة الى هذا لان العين الواحد
يجوز ان يكون محبوسا بحق كل واحد منهما على المالك اذ لا تضايق في استحقاق
الحبس فلا يدخل فيه الشيوع كذا في الكافي **قلت** وهذا يشكل بما ذكر في الكافي
في اخر فصل المتفرقات حيث قال اذا كان الراهن واحدا والمرتهن اثنين فقال
احد المرتهنين ارهنتنا انا وصاحبي هذا الثوب منك بمائة درهم واقام البينة على
ذلك وجحد المرتهن الاخر والثوب في ايديهما والراهن يجحد الرهن قال ابو يوسف
رحمه الله لا يقضى بالرهن لواحد منهما ويرد الرهن على الراهن **قيل**
قول ابي حنيفة كقول ابي يوسف رح لانه لو قضى في حقه بالنصف لكان شائعا ولا يمكن
تصحيحه في حق صاحبه لانه لا رواية له عليه فتعذر القضاء هذا لفظه ووجه الاشكال
ظاهر لان مراده بقوله لا يمكن تصحيحه في الكل تصحيحه فيه على وجه يكون هلاك
الجميع عليه **قوله** وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي يعني ان اجزاء الرهن
لا ينقسم على اجزاء الدين بل كل الرهن يجب ان يكون محبوسا بكل الدين
واذا لم يكن منقسما لا يؤدي الى الشيوع فاما الهبة من اثنين فهي منقسمة عليهما فتؤدي
الى الشيوع فالفرق بناء على ان الرهن لا ينقسم والهبة تنقسم **قوله** لان كل واحد
انما يثبت حبسا يكون وسيلة الى حبسه في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون
وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة **قلت** هذا لا يصلح

عذرا

عذرا فيما اذا قبضه الراهن بسائر الدينين جميعا بان كان دين كل واحد عشرة وقيمة
الرهن عشرون فان هناك لو قضى القاضي بهاتين البينتين يثبت بكل واحد
منهما حبس يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء فينبغي ان يجوز القضاء والمنع مطلقا
الا ان يقال حاصل التعليل راجع الى ان مقتضى كل من البينتين خلاف ما يقتضيه الاخرى
وهذا القدر ثابت في ما اذا كان الرهن وافيا بالدينين لان فيه كل يقتضي ان يكون
كل منهما حابسا كل الرهن بجهة الاصالة لا غير ولو قضي بهما لزم ان يكون كل منهما حابسا
اصالة بالنسبة الى دينه نائبا لصاحبه في **الحبس** بالنسبة الى دينه وليس هذا عملا
بما اقتضى كل من البينتين على ما لا يخفى وايضا يشكل بما اذا قام البينتان من رجلين
على الملك في عين فانه يقضى بالنصف بينهما مع ان ذلك عمل على خلاف ما اقتضته الحجة
لان كل واحد منهما اثبت فيه ملكا في كل العين وبالقضاء يثبت الملك في بعضها
الا ان يقال ان القياس هو التهاتر في دعوى الملك ايضا كما هو قول الشافعي رح الا
انا تركناه بالنص وهو حديث تميم بن طرفة الانصاري ان رجلين تنازعا في عين بين
يدي رسول الله عليه السلام فاقاما البينة فقضى رسول الله عم بينهما نصفين ولا نص
في مسألة الرهن فبقي على اصل القياس وما ذكر في الحاشية من الفرق بين مسألة
الرهن ومسألة دعوى الملك بان المحل يقبل الانقسام في حق الملك دون الحبس
فلا يخفى انه لا يحصل به التفصي عما يرد اشكالا على المتن وهو ان في دعوى الملك ايضا
عملا بخلاف مقتضى الحجة الى آخر ما ذكرنا **قوله** وحكمه في حالة الحيوة الحبس
والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع والشيوع لا يضره **قلت** اذا كان حكم الرهن
بعد الموت هذا كان ينبغي ان يصح استرداد الرهن بعد الموت للانتفاع به لانه لا يمنع
تعيينه للبيع الا ترى ان حكم الرهن عند الشافعي رح لما كان هو التعيين للبيع لم يكن الرهن
عنده مانعا عن استرداده للانتفاع فلو كان حكم الرهن بعد الموت عندنا كحكمه حالة الحيوة عنده لما
كان مانعا عن الاسترداد للانتفاع بعد الموت عندنا ايضا كما هو ليس بمانع عنده حالة الحيوة وقد
جعل المصنف رح الاختلاف فيما ذكره في جواز الاسترداد مبنيا على ان حكم الرهن الحبس
الدائم عندنا والاسترداد يفوته وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه تعيينا بالبيع والاسترداد
لا يفوته فلو كان حكم الرهن بعد الموت عندنا كحكمه حالة الحيوة عنده لكان له ولاية الاسترداد
بعد الموت بالاجماع ولا قائل به ويشكل بما ذكر في الكافي في باب التصرف في الرهن انه لو مات
مستعير الرهن مفلسا بقي رهنا ولم يبع الرهن الا برضا المعير لان ملكه قائم فان اراد المعير

البيع والى المرتهن وبه وفا بيع بلا رضاه لان حقه في الاستيفا. وقد سلم له وان
لم يجز فيه وفا. شرط رضاه لان له في الحبس منفعة نقل نجاح المحتبر الى الرهن
فيقضى دينه او تغير السعر هذا لفظه وفيه اشارة الى ان الحبس مختص بحال الحياة
ايضا لا لماشرط رضا المرتهن بالبيع سوا. كان فيه وفا. بالدين او لم يكن ثم ما ذكره
المصنف رح من قبيل وجها للقياس فيما اذا اقاما البينة على الرهن حالة الحيوة يعني
بتاتة فيما اذا اقاما البينة بعد الممات ايضا لان كل واحد يثبت ببينته ولاية استيفا
كل الدين ببيع الرهن فيما اذا كانت قيمة الرهن مثل الدين او اكثر وثبتا استيفا قيمته
فيما اذا كانت قيمته اقل من الدين ويسلا القضا. يثبت ولاية استيفا بعض الدين
بالبيع وهذا على خلاف ما اقتضاه الحجة فينبغي ان لا يقضى بالبينتين بعد الممات
ايضا لكن ثمال المصنف بان المقصود من البينة بعد الموت هو المال فيعتبر يدعي الملك
وفيه يقضى بالبينة بالنص الذي ورينا فكذا هنا والله اعلم بالصواب
باب
الرهن يوضع على يد العدل قوله وقال مالك رح لا يجوز الى قوله فانعدم
القبض هذا يشعر بان القبض شرط في الرهن عنده وذكر في اول الباب ان
القبض ليس بشرط عنده فكان له قولان في اشتراط القبض كذا في الحاشية وفي
الكافي وقول صاحب الهداية وقال مالك رح لا يجوز الى قوله فانعدم
القبض مشعر باشتراط القبض عند مالك رح وقد ذكر في اول الرهن وقال
مالك رح يلزم بنفس العقد ومرلف على عدم اشتراط فكان له قولين في اشتراط
وقد يقال ما ذكر في اول الكتاب لا يدل على ان القبض ليس بشرط عند مالك
رح لثبوت حكم الرهن وان كان يدل على انه ليس بشرط للزوم الحكم عنده حيث قال
وقال مالك رح يلزم بنفس العقد ومن الجائز ان يكون الشي شرطا لترتب الاحكام دون الحكم
شرطا للزوم وما ذكرنا يدل على ان القبض عنده شرط لترتب الاحكام ومن لا يدل
على انه لا يلزم عنده بدونه انما حتى يخالف ما صرح به اقول يرد به ما ذكر في الحاشية لان
نفي المرتهن شرط اجماعا وجوابه ان ما ذكر المصنف رح من مذهب مالك في اول
الكتاب بقوله وقال مالك رح يلزم بنفس العقد فمعناه انه لا يحتاج الى القبض لتحقق
الحكم بدليل انه شبه بالبيع حيث قال لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع وحكم
البيع يثبت بنفس العقد فكذا حكم الرهن وبدليل ان اصحابنا احتجوا عليه بقوله تعالى
فرهان مقبوضة وانما يستقيم الاحتجاج به على من لا يرى القبض من شرايط لزوم عقد

الرهن ولا من شرايط ترتب الحكم عليه لانه ذهب الى لزومه وعليه الفسخ بمجرد
العقد ولكن القبض عنده شرط لترتب الحكم عليه فلا يتم به الاحتجاج عليه لان لقائل ان
يقول ان النص يقتضي ان يكون القبض شرطا في الرهن ونحن نقول بموجبه فانه شرط
الترتب الحكم فاما ان يكون شرطا للزومه وعدم احتماله الفسخ فلا دلالة للنص على
ذلك فلا يتم الاحتجاج كما ذكر في اول الكتاب واما ما ذكر في الحاشية فمحل تامل نعم
يمكن ان لا يكون شرطا للزوم العقد ولترتب الحكم عليه عند مالك كما في البيع ولكن
يشترط الرهن بشرط يؤدي الى امتناع قبض المرتهن وذلك ان القبض لو كان ليس
بشرط بل مستحق بعقد الرهن كما في البيع وكل شرط يؤدي الى امتناع ما هو مستحق
العقد يفسد لذلك العقد فيفسد الرهن باشتراط وضعه في يد العدل كما يفسد
بشرط ان يبقى المبيع في يد امين آخر غير البايع والمشتري فالقول بفساد عقد الرهن
عند اشتراط ان يوضع في يد العدل عند مالك رح لا ينافي ما ذكر اولا من عدم اشتراط
القبض لعقد الرهن عنده والله اعلم ثم ذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن ابي ليلى مكان
مالك هنا ففي المبسوط قال ابن ابي ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك
في يد العدل لم يسقط الدين فان مات الراهن فالمرتهن اسوة الغرماء بانه قوله
لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع فان قلت كما هو نايب عنه عند الاستحقاق
عليه لا على المرتهن في حفظ العين فهو نايب عن المرتهن في المالية والعين باعتبار
المالية لا باعتبار ذاته اجيب بان جانب الراهن راجح لان العدل في حق العين
نايب عنه على الخصوص وفي حق المالية نايب عن الراهن من حيث الابتدا وعن المرتهن
من حيث الاستيفا فكان جانب الراهن راجحا فيرجع بالضمان عليه قوله واذا ضمن العدل
قيمة الرهن الى قوله لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا فان
قلت قد سبق في مسئلة انكسار الابريق المرهون انه اذا ضمن المرتهن قيمته
تكون القيمة رهنا عند المرتهن ولم يذكر هناك انه يوخذ القيمة من المرتهن ثم يجعل
رهنا مع ان المرتهن يصير قاضيا ومقتضيا اذا جعلت القيمة رهنا فيلزم التسليم الى الراهن
كما هو ظاهر لفظ الكتاب اجيب بان المرتهن بعد انكسار الابريق بقي مودعا للراهن
في العين فيكون يده كيد الراهن وانه انما يضمن القيمة بجهة المالية وبقي في المالية بيد
نفسه فينزل منزلة شخصين فيغرم القيمة ويصير قاضيا من حيث انه بيده في المالية بيد
نفسه ومقتضيا من حيث ان يده يد امانة فاختلفت الجهتان نعم يشكل بانه انما يصير قاضيا

احكام الفسخ

حضور

ومقتضيا اداء الحق في جعلهما رهنا الى القضاء ولا انتفا ولا حاجة البدل اي
الدين القايم مقام المرهون بعد رهنا قبل ان يقبض على ما يجيء فيما اذا باع العدل
وجوابه سيأتيك في الموضعين انشاء الله تعالى قوله والثمن قايم مقامه
فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا فان قلت فالعدل
اذا ضمن قيمة الرهن برده الى الراهن او المرتهن وجب ان يكون القيمة رهنا وان لم
يكن مقبوضا لقيامه الرهن لقيامه مقام ما كان مقبوضا فلا يحتاج الى قبضه حتى يصير الواجب
قاضيا ومقتضيا اجيب بان الشيء القايم مقام الرهن المقبوض انما يكون رهنا لكونه
مقبوضا حكما والشيء انما يثبت حكما اذا امكن ثبوته حقيقة والثمن الواجب يمكن قبضه
منه حقيقة فيصح اعتباره مقبوضا حكما اما القيمة الواجبة على العدل فلا يمكن قبضها
من نفسه حقيقة فلا يصير مقبوضا حكما ايضا فالحاجة ماسة الى اقتضاء القيمة من العدل
لما سيجيء انشاء الله تعالى اما العدل فبراءته في حق الراهن والمرتهن جميعا واذا
تعدى في حق احدهما وصار ضامنا خرج من ان يكون مودعا فالجعل به كيف من
وقع التعدي في حقه حتى يصح ان يجعله مقتضيا من قبله وسيجيء اخر بذكره انشاء الله
تعالى قوله وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم لو قال
لانه متعد بالاخذ والتسليم لكان اولى لما عرف ان بيع مال الغير ليس بتعد وانما التعدي
من التسليم الى المشتري وايضا لو كان التعدي منه من التسليم لكان ينبغي ان لا ينفذ
البيع عليه اذا ضمنه المستحق لان ملكه حينئذ يكون متأخرا عن التسليم فلا يظهر بتضمينه انه
باع ملك نفسه وقد صرح بعد هذا بان المستحق ان ضمن البايع نفذ البيع ايضا لانه
ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه ولا يخفى انه لا يتبين ذلك اذا جعل
سبب الضمان من الاخذ السابق على البيع ليستند الملك اليه فيظهر انه باع ملك
نفسه اما لو جعل السبب من التسليم لا يستند الملك اليه ومن متأخر عن عقد البيع فلا يظهر
عند الضمان انه باع ملك نفسه الا ان يقال نحن ما نفذنا البيع الموقوف السابق على التسليم
بل نفذناه بالتعاطي بقبض المشتري والتسليم التعاطي قوله وهذا يؤيد قول من
لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع فان قلت فما جواب قول من يرى الجبر
ومن لا اصح اجيب بان المسألة على في لم يمنع قوله لان كل واحد منهما
متعد في حقه بالتسليم والقبض اي الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض كذا في الشاهان
ويشكل بان الراهن لو كان متعديا بالتسليم لكان ملكه عند تضمين المستحق اياه متأخرا

عن عقد الرهن لضرورة تأخر التسليم عنه فينبغي ان لا يصح الايفاء بنفاذ عقد الرهن
ومن صحيح كما نص عنه قوله فان ضمن الراهن نفذ ما بالدين لانه ملكه باداء
الضمان فيصح الايفاء وما ذكر في الحاشية انه ملكه باداء الضمان من وقت الغصب
وغصبه كان قبل الرهن فاذا ملكه من قبل صح الرهن فظاهره لا يوافق ما هو
المذكور في الكتاب لانه جعل سبب الضمان التسليم دون الغصب السابق على
الرهن على انه لا يتم ذلك فيما اذا كان الراهن مودعا اذ المودع انما يضمن بالتسليم
دون القبض السابق فيكون ملكه متأخرا عن عقد الرهن لا محالة وقد يجاب
عن هذا بان التسليم ان كان لاحقا من عقد الرهن تحقيقا فيتحقق ما نقلنا من الراهن
وانما نفذنا رهنا وجب بالتعاطي عند قبض المرتهن اياه باذن من الراهن على جهة
الرهن ولا خفاء ان قبض المرتهن متأخر عن التسليم الذي اليه يستند ملك الراهن
والقبض من غير تسليم يكفي لثبوت العقد بالتعاطي فان من قبض مال انسان واعطى
له بدله يثبت بيع بالتعاطي وان لم يوجد من البايع تسليم ولكن يشكل عليه بان المستحق
اذا ضمن المرتهن ورجع هو على الراهن فالراهن ايضا ملك من وقت التسليم على
ما صرح به الشارح بعد هذا وبه يشعر قول المصنف ره في جواب طعن ابي خازم حيث
قال انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم الخ مع انه لا يصح الايفاء فهناك ايضا لا
وقد جعل المصنف ره تأخر الملك عن عقد الرهن الموقوف مانعا عن الايفاء مطلقا
على ما يأتيك في جواب طعن ابي خازم فلو كان قبض المرتهن معتبرا لانعقاد العقد
بينهما بالتعاطي لما صح الحكم ببطلان عقد الرهن وعدم صحة الايفاء على تقدير ان
يكون رجوع المرتهن عليه بالغرور الحاصل بالتسليم كما في صورة تضمين الراهن
لظهور ان الملك على هذا التقدير ان كان متأخرا عن التسليم فهو متقدم على قبض
المرتهن لا محالة الا ان يقال انعقاد الرهن بالتعاطي عند قبض المشتري مختلف
فيما بينهم الا يرى ان المودع لو رهن فلم يضمنه المستحق قيل ينفذ عقد الرهن
بالتعاطي بقبض المرتهن وقيل لا ينفذ لتأخر الملك عن عقد الرهن فكانه لا يعتبر
التعاطي فما ذكره المصنف ره في جواب طعن ابي خازم من الترديد بقوله انه يرجع عليه
بسبب الغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه مبني على هاتين الروايتين
اي من لم يجعل قبض المرتهن رهنا بالتعاطي فالعذر له من طعن ابي خازم بان
يقول انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم فيثبت الملك له مستندا الى

وقت التسليم وهو متاخر عن عقد الرهن فلا ينقلب ومن اعتبر قبض المرتهن رهنًا
بالتعاطي فالعذر له من جهته ان يقول ان الملك يثبت للمرتهن اولا بالضمان ثم
ينتقل منه الى الراهن فيكون ملك الراهن متاخرا عن قبض المرتهن الذي
به ينعقد الرهن بالتعاطي فلا جرم لا ينقلب عليه ثم من جعل الراهن مالكًا من
وقت التسليم وكانه اختار ان الملك يثبت لمن عليه قرار الضمان ابتداء كما يشعر به
قوله في بيان الطرد والملك يثبت لمن عليه قرار الضمان ومن قال انه يملكه
بانتقال الملك من المرتهن اليه وكانه يجعل الملك للضامن اولا ثم لمن عليه قرار الضمان
قوله فانه معذور من جهة الراهن **واعترض** بان الغرور انما يوجب
الرجوع اذا كان في ضمن عقد المعاوضة والرهن عقد تبرع على ما مر في الكتاب
والغرور في ضمن عقد التبرع لا يوجب الرجوع الا يرى ان الموهوب له لا يرجع على
الواهب اذا استحق الموهوب وضمنه للمستحق **وقد اجيب** بان الرهن ان
كان تبرعًا ابتداء فهو معاوضة انتهاء على ما مر في مسئلة رهن الاب متاع الصغير
من قوله والرهن نظير البيع نظرًا الى عاقبته التي على من حيث وجوب الضمان فاذا
كان الرهن معاوضة انما جاز ان يرجع المرتهن بحكم الغرور كما في البيع **وفيه نظر**
لما ذكروا في باب الاستحقاق من كتاب البيوع عبد قال لمشتري اشترني فاني عبد
فاشتراه فاذا هو حر فان كان البائع لم يدر مكانه رجع المشتري على العبد بالثمن بخلاف
الرهن فانه لو قال عبد ارتهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر لا يرجع المرتهن على
العبد بحال لان العبد ضمن للمشتري سلامة نفسه او سلامة الثمن متى تعذر استيفاؤه
من البائع لانه انما رغب في شرائه معتمدا على اخباره بانه عبد فيجعل العبد ضامنا لسلامة
نفسه دفعا للغرور والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل
الامر ضامنا للسلامة على ما هو موجبه نفيا للغرور ولا كذلك الرهن لانه لم يشرع
معاوضة بل شرع للملك الحبس من غير عوض بمقابله وتصير معاوضة انتهاء لعين
حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر ضامنا للسلامة كذا في الكافي والبداية في
الكتاب وبهذا ظهر ان عقد الرهن لم يعتبر معاوضة في حق الرجوع بالغرور ثم قد
يجاب بان عقد المعاوضة انما يشترط للرجوع بحكم الغرور اذا لم يكن المغرور عاملا له
اما اذا كان عاملا له فيرجع عليه وان لم يكن هناك عقد معاوضة كالمودع يرجع على المودع
اذا ضمن للمستحق والمرتهن عامل للراهن من وجه لان الرهن عقد ابتداء وفيه منفعة

للمرتهن

للمرتهن براءة ذمته والمتوفي بوصول حقه اليه ولكن منفعة الراهن راجح
لانه بهلاك الرهن يصير موفيا للدين بالايفاء الحكمي ومنفعة الايفاء لا تختلف بين
الحكمي والحقيقي اما منفعة المرتهن في الايفاء الحقيقي دون الايفاء الحكمي والمرجوح ساقط
الاعتبار بمقابلة الراجح فصار المرتهن عاملا للراهن وهذا الجواب ايضا غير مرضي لما
عرف ان الايفاء ينتقض بقبض المرتهن عند استحقاق الرهن فيظهر انه لم يكن عاملا للراهن
براءة ذمته عن الدين فالاوجه ان يقال ان الاستحقاق يرد على العين وعين الرهن
امانة في يد المرتهن عامل في حفظه للراهن فيرجع عليه بضمانه كما يرجع المودع على المودع
قوله او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل منه لان الراهن يتلقى الملك
في الرهن من جهة المرتهن لانه يملك المرتهن اولا ثم ينتقل اليه والتشبيه كانه اراد
ان يثبت الملك للراهن بالانتقال فقوله بالانتقال متعلق بمحذوف والاظهر في الظاهر
عطف على **قوله** بسبب الغرور فيكون المعنى يرجع عليه بالانتقال ولا يخفى
ان انتقال الملك من المرتهن الى الراهن مسبب عن رجوعه اليه لا انه سبب له
والتشبيه بالوكيل وقع على قول من يقول يثبت الملك للوكيل اولا ثم ينتقل له
منه الى الموكل ولكن المصنف قد اختار في كتاب الوكالة قول من يقول يثبت
الملك للموكل ابتداء خلافة عن الوكيل كالعبد يتهب ويصطاد ويثبت الملك للمولى
ويمكن ان يكون التشبيه بالتوكيل راجعا الى المرجحين وحاصله ان التقرير هنا
كالتوكيل ثمة ثم في التوكيل يثبت الملك للموكل ابتداء في رواية وهو الصحيح و
بالانتقال من الوكيل الى الموكل في رواية فكذا هنا الملك للراهن اما يثبت ابتداء من
وقت التحرير او بالانتقال وايا ما فملكه متاخر عن الرهن **قوله** بخلاف الوجه
الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فهذا يشير الى ان
وضع المسئلة فيما اذا كان الراهن غاصبا متعديا قبل التسليم وقوله فيما سبق لم يكن كل واحد
منهما متعديا بالتسليم او القبض اي الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض يدل على ان وضع المسئلة
فيما اذا كان الراهن مودعا في الوديعة وسلمها ثم استحق فاخر الكلام لا يرتبط
باوله الا ان يقال لما كان في نفاذ الرهن من المودع عند تضمين المستحق اياه
روايتان على ما ذكرنا اشار المصنف الى هاتين الروايتين بالتنويع في عبارته ثم
يشكل الفرق بين تضمين المرتهن وتضمين المضارب فانه لو ظهر مستحق رأس المال
فضمن رب المال نفذت المضاربة ولو ضمن المضارب رجع هو على رب المال

وانفصال الرهن يرجع بجميع ما يحتاج اليه من رد الرهن اي اجرة رده الى الراهن لو كان في قبضه عاملا للراهن لكن رجعة الرد على الراهن دون المرتهن كالمستعير لما كان في قبضه عاملا لنفسه ... ورد العارية على المستعير

نفذت ايضا لما ان قرار الضمان على رب المال والفرق نشا من جهة
اخرى وهو عدم لزوم عقد المضاربة ولزوم عقد الرهن وهو ان في المضاربة
وان ثبت حق الرجوع على رب المال بالتسليم وذلك بعد العقد لا ان
عقد المضاربة غير لازم وما لا لزوم له يعطى لدوامه حكم التجدد فصار الملك
الثابت لرب المال من وقت تسليم المال الى المضارب سابقا على العقد نفذت
نفذت المضاربة واما الرهن فعقد لازم لا يعطى له حكم التجدد والعقد سابق
على التسليم والملك الثابت للراهن مقتصر على وقت التسليم فلا ينفذ العقد
السابق عليه كذا في الجامع الصغير لابي اليسر نقله الشارح وفيه نظر لان
الوصية ايضا عقد غير لازم قبل موت الموصي مع انه لو اوصى بملك الغير ثم
ملكه لا ينفذ وصيته وعلى قياس ما ذكر يجب ان ينفذ كالمضاربة على ان غير اللازم
من العقود ان كان لدوامه حكم الابتداء فلا بد من الدوام ليأخذ الدوام حكم الابتداء
ولا دوام مع وقوعه باطلا عند مصادفته ملك الغير وقد ذكر الشارح الفرق في
المضاربة بان استرداد القيمة كاسترداد العين فينقض قبض المرتهن باسترداد
القيمة بدون قبض لا يكون مرهونا وهنا ايضا استرداد المثل كاسترداد العين ولكن
لم يعلم ابدا البدل للمضارب على المال واستدامة ليس بشرط لحكم المضاربة حتى
لو رد المضارب المال على رب المال او استعان به في التصرف كان الربح بينهما
على ما شرطا ولو رد المرتهن المرهون على الراهن تجارية او غيرها خرج من
ضمان الرهن وفيه نظر لان العين ان كان لا يبقى مضمونا بحكم الرهن عند
خروجها عن قبض المرتهن فهي اذا عادت الى قبضه تعود مضمونة لما عرف
ان عقد الرهن لا يبطل بالخروج عن قبض المرتهن والقيمة ان صارت مستردة
بتضمين المستحق فقد عادت الى المرتهن بتضمينه الراهن فيجب ان يبطل حكم
تضمين المستحق للمرتهن ويصير كانه لم يسترد القيمة من المرتهن والحق ان الفرق بينهما
بناء على ان قيام الملك وقت العقد شرط لصحة الرهن دون المضاربة حتى
ان الغاصب اذا دفع المغصوب مضاربة ثم اشتراه من المالك صحت المضاربة وعلل
في الذخيرة بان قيام الملك في راس المال وقت المضاربة ليس بشرط لصحتها
لان دافع المال مضاربة ليس الا توكيلا بالشراء والشراء بالدراهم المغصوبة جائز
فكذا التوكيل به فلما كان قيام الملك وقت العقد شرطا بصحة الرهن لانه ايفاء لا ايفاء

بمال

بمال الغير باطل دون المضاربة لانه توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بمال غير جائز
كان الفرق بين مسئلة المضاربة ومسئلة الرهن اظهر من ان يخفى ولا يحتاج الى
التكلفات المذكورة في الشروح

باب التصرف في الرهن والجناية عليه

قوله
وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها قلت هذا انما يبتني
على قول الشافعي فان الاجارة عنده لا تبطل بالاعتاق كما لا تبطل عنده بموت احد
المتعاقدين واما فعلى اصحابنا يبطل بالاعتاق عندنا فلا ناقض عليه صاحب الاسرار في طريقته
وكذلك القياس على موت الموجر يقتضي ان لا يبقى الاجارة مدتها لان المنافع بعد
الاعتاق تحدث على ملك العبد كما انها بعد الموت تحدث على ملك الوارث
فتبطل الاجارة لذلك عندنا فيجب ان يبطل بالاعتاق ايضا والمبني على ما ذكر
الشارح في باب اجارة العبد نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشي ان المولى
اذا اعتق العبد في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى
وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد هذا كلامه

قوله
واشتراط النفوذ في البيع
لامتناع القدرة على التسليم فان قلت انعدام القدرة على التسليم يوجب فساد
العقد لا توقفه على حصول القدرة والمبني ان المصنف علل فساد البيع بانعدام
القدرة على التسليم في غير موضع من كتابه يفصح عن ذلك بصفحة كتابه اجيب
بان انعدام القدرة انما يكون مفسدا اذا لم يكن العجز على شرف الزوال اما اذا
كان فلا يفسد بل يتوقف على رجوع القدرة على التسليم في بيع المرهون على شرف
الزوال باداء الدين

قوله
واعتاق الوارث العبد الموصي برقبته لا يلحق
بل يرجع الى اداء التجارة قلت صورة المسئلة ما اذا اوصى بان يملك الوارث
برقبته لانسان فان العبد قبل التمليك يدخل في ملك الوارث اما اذا اوصى برقبته لانسان
~~ملكه ابتداء بعد موته~~ فان العبد الموصي برقبته لا يدخل في ملك الوارث

قوله
يرجع الى من ينتفع بخدمته وهو العبد لانه محل الحق والمحال في حكم
الشروط وحتى تعذر تضمين صاحب السبب يضمن صاحب الشرط كالحافر مع
الدافع كذا في الكافي وفيه نظر لان صاحب الشرط انما يضمن اذا
كان متعديا كالحافر في ملك الغير والعبد غير متعد وايضا اذا اجتمع صاحب السبب
والشرط وكان صاحب السبب معتبرا كان الضمان على صاحب السبب ولا يكون عبارة عذرا
في تضمين صاحب الشرط وانما صاحب الشرط اذا اضمن عند تعذر اضافة الضمان الى صاحبه

ثم هو يحتاج الى الفرق بين اعتاق الراهن واعتاق الوارث العبد الموصي برقبته حيث ان الراهن
يضمن قيمته والوارث لا يضمن قيمة العبد الموصي برقبته لانسان بل يسعى العبد في قيمته للموصى له
مع ان كلا منهما يبطل حقا لغيره وغاية ما يمكن ان يقال ان الوارث قائم مقام مورثه والموصى له كالوارث
والمريض اذا اعتق عبدا من التركة لا يخرج من الثلث يسعى في عتقه على السعاية فكذا الوارث اذا اعتق
عبدا تعلق به حق الموصى له وقد تعلق لان المريض انما لم يضمن لانه لا شيء من ماله الا وهو مشغول
بحق الوارث بخلاف الوارث لا مكان تضمينه بحكم ماله

السبب لا يرجع بالضمان على صاحب السبب وهنا يرجع العبد على المولى عند يساره
فعلم انه ليس ذلك من قبيل اضافة الضمان الى صاحب الشرط عند تعذر اضافته الى
صاحب السبب **قوله** كالحافر مع الدافع مشكل والجواب كالحافر مع الواقع اي
مع ثقل الواقع وفعله لان الرواية منصوصة بانه لا ضمان على الحافر للواقع نفسه لانه تلف
نفسه فلا يضمن غيره وان اريد بالدافع المزيل دفع غيره لا يستقيم التمثيل لان الضمان
يكون على الموقع الذي هو صاحب السبب لا على الحافر الذي هو صاحب الشرط فلعل الواقع
كان تصحيف الكاتب **قوله** الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان
وفيه بحث اما اولا فلان السعاية اذا وجبت على العبد باعتبار انه ينتفع بالعتق
لكانت بدلا عن المنفعة التي حصلت له فيجب ان لا يرجع به على غيره فان من ضمن بدلا باعتبار
منفعة حصلت له لا يرجع به على غيره كالمشتري اذا استولد الجارية المشتراة ثم استحقت
حيث لا يرجع على البائع بالعقر كما يرجع اليه بالثمن وقيمة الولد لان العقر وجب عليه
بمنفعة حصلت له فلا يرجع به على غيره واما ثانيا فلان الضمان لما كان بالخراج لم يكن له ان يرجع
به على غيره كنفقة المحرم لما وجبت بسبب باعتبار ان غنمه له فيكون غرمه عليه لا يرجع بها
على غيره وله غير نظير واما ثالثا فلان السعاية لو وجبت على العبد باعتبار ان الخراج
بالضمان لوجبت لم تجب عليه عند يسار المعتق ايضا اذ الخراج الذي يسلم له ثابت عند اليسار
كما هو ثابت له عند الاعسار وبالجملة ان السعاية على العبد ان كانت باعتبار ان الخراج بالضمان
وان الغرم بالغرم لزم ان لا يرجع ولا يضمن على المعتق ولا يختلف الجواب في حال اليسار
والاعسار وان كانت بالاتلاف والتعدي مستدلا الى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
فالمتلف والمتعدي في حق المرتهن هو الراهن دون العبد وضمان الاتلاف لا يجب
الا على المتلف موسرا كان او معسرا وغاية ما يمكن ان يقال فيه تعارض هنا اصلان احدهما
قوله عليه السلام الخراج بالضمان وفي حديث اخر الغنم بالغرم وثانيهما قوله تعالى فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم فالاول يقتضي ان يجب الضمان على العبد مطلقا ولا يكون له
الرجوع على غيره مطلقا والثاني يقتضي ان يجب الضمان على المعتق مطلقا فعملنا بالاول
في حق الوجوب فاوجبنا عليه الضمان وبالثاني في حق من اداه الضمان لا اداء واذا
وجب على المعتق ولزم اداؤه على العبد كان مضطرا في ادائه والغير من ادى
دينه رجع عليه اجماعا اذا ادى مضطرا ولكنا شرطنا عسر المعتق اذا كان موسرا لا اداء عليه
ثم الرجوع عليه في الحال ولا الشرع لا يرد بما لا فائدة فيه فيبطل الحكم لصورة عتاق المعتق

وانما لم يعكس في الحمل والدليل لان الحمل في مثله بالتجري فجاز ان يقع تجري
المحيل في الحمل بهذا الوجه دون العكس على ان المتعدي احق بايجاب الضمان
من صاحبه **قوله** وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين **فان قلت**
اذا كانت مثل الدين فالجواب كذلك **اجيب** بان المراد بقوله اذا كانت
قيمته مما يتعلق بكلها حق المرتهن فتناول ما اذا كانت مثل الدين ايضا او الكلام على
هذا المعطوف اي اقل من الدين او مثله بقرينته واما اذا كان الدين اقل بذكره **قوله**
وعندهما التكميل العتق فان العبد المشترك ان كان يعتق كله باعتاق احد الشريكين
عندهما فيعتق كله بتحليل فيه لا الخلوص عن شبهة عندهما وتزول هذه الشبهة بالضمان حيث
يعتق كله عند اداء الضمان بالاتفاق وكان الضمان مكملا للعتق حيث لا يبقى فيه
شبهة عدمه ولم يبين ما هو نافع لم يحكم القاضي بعلم عتقه اخذا بمذهب ابي حنيفة رحمه الله **قوله**
لان الثابت للمرتهن حق الملك ان اراد بالملك حق الملك في رقبة العين
امانة في يد المرتهن لا يصير مملوكا له بالحال فليس له فيها حقيقة الملك ولا حقه وان
اراد ملك اليد فالمرهون مملوك للمرتهن يدا حقيقة ولكنها من حيث اليد حقيقة
الملك فقوله حق الملك مشكل **وجوابه** ان المرهون لما كان يدخل في ملك المرتهن
من حيث اليد حقيقة فملك اليد له فيها غير متقرر انما يتقرر ذلك بالهلاك فقبل لم يتقرر
كان حق الملك لا حقيقته نظرا الى انه لما كان غير متقرر فكانه ليس بثابت في الحال
حقيقة انما له في الحال كحق الملك كما للمكاتب في ماله والمولى في مال المكاتب لان
بعرضه ان يصير مملوكا له على سبيل التقرر **قوله** والمرتهن ينقلب حقه
ملكا **وفيه نظر** اذ المرتهن لا يملك العين المرهونة عند الهلاك في يده لانها
امانة في يده وحقه لا يتعلق بها انما يتعلق بالمالية وانها لا تملك متصورا لانها من
الاوصاف وهي لا تملك قصدا نص على هذا في الشاهان وقد من قيل التوجيه لقوله
ينقلب حقه ملكا لا بالنظر الى العين ولا بالنظر الى المالية وجوابه بمثل ما مر **قوله**
لانه يثبت باديه المحقق وهو ملك الاب في جارية ابن بنيه بالاعلى وهذا من كل لانه
يشعر بان صحة الاستيلاد للاب في جارية الابن باعتبار ماله من حق التملك وليس
كذلك اذ المصحح للاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه اما حق التملك فلا يكفيه الا ترى
انهم قالوا ملك الاب في الجارية قبيل الاستيلاد شرطا له على ما مر بحقيقته في كتاب
النكاح فلو كان ماله للاب من حق التملك يكفي للاستيلاد لما احتيج الى اثبات حقيقته

الملك له قبيله كيف وقد صرحوا بانه انما يقدر الملك سابقا تصحيحا للاستيلاد وعللوه
بان المصحح حقيقة الملك او حقه وذلك غير ثابت للاب فيها فلابد من نقل بما
رتق هذا ذكره الشارح ان قوله لانه يصح الى آخره استدراك لصحة الاستيلاد
عند الشافعي رحمه الله ان الاستيلاد في جارية الابن بحقيقة الملك عندنا لانه تملكها
قبل الوطي ولكن هذا ضعيف لان اعتبارا على الحقيقة باد تاما لا يكاد يستقيم
على مذهب الشافعي رحمه الله ان حق المرتهن اذا نافى حق الراهن مع انه يمنع اعتاق
عنده وحق الراهن لا يمنع اذا كان المعتق موسرا وهل يصح ان يقال ليس المراد
بقوله ما للاب في جارية الابن حق التملك بل المراد من الملك الثابت له قبيل
الاستيلاد تصحيحا له وانما كان ذلك الملك اقوى الحقيقة لانه ثابت بالاستناد والثابت
بالاستناد ثابت من وجه فلا يساوي الثابت من كل وجه فاذا صح الاستيلاد بالملك الثابت
للاب من وجه فلان يثبت بالملك الثابت من كل وجه للراهن اولى اذ ينال
استيلاد الاب جارية ابنه ان كان يصح باعتبار حقيقة الملك الذي يقدر قبيل
الاستيلاد فلا ان نقدره قبيله من ثبوت حق التملك اذ لولا ذلك لكان وطيه كوطي
اجنبي فجاز ان يضاف صحة استيلاده الى ماله في جاريته من حق التملك **قوله**
والواجب على هذا المستهلك المرتهن فان عليه قيمته يوم القبض على ما يجي في
الكتاب كذا في الشرح **وفيه نظر** لما ستقف عليه من ان المرتهن والاجنبي
يتفاوتان في الضمان لا استهلاك حيث لا يضمنان بسبب الاستهلاك سوى قيمته يوم
الاستهلاك لما قد تقرر ان المعتبر في ضمان الاتلاف قيمته يوم الاتلاف نعم يعتبر قيمته يوم القبض
في ضمان الرهن لكن ذلك لا يختص باستهلاك المرتهن اذ هو يعتبر حتى فيما قدر نقصان
القيمة بحكم ضمان الرهن سواء كان لا استهلاك منه او من غيره فالحاصل ان المعتبر في ضمان
الاستهلاك قيمته يوم الاستهلاك استهلكه لا اجنبي او المرتهن وفي ضمان الرهن قيمته
يوم القبض استهلكه المرتهن او الاجنبي فلا معنى للاحتراز عن المرتهن بقوله هذا
المستهلك بل هو احتراز عن المستهلك الغاصب لانه تضمن قيمته يوم القبض دون
الاتلاف **قوله** ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك
الغير فكان مضمونا وكانت رهنا وكانت رهنا في يده حتى يحل وقد يشكل الفرق
بين المرتهن اذا استهلك المرهون وبين العدل فان العدل اذا ضمن قيمة الرهن
لا يكون القيمة رهنا عنده الا بان ياخذها منه ويجعلاها رهنا وعلله بان القيمة واجبة

احتراز

عليه

ذكر ٣ لبطلان ... [illegible]

عليه فلو جعلنا رهنا يصير قاضيا وهذا بعينه يتاتى فيما ضمن المرتهن قيمته والفرق
ان القيمة الواجبة على العدل لا يمكن ان تجعل رهنا في يده الا بالاقتضاء منه اذ العدل
لا بد وان يكون نائبا في قبض الرهن عن الراهن والمرتهن جميعا والقيمة
الواجبة على العدل لا يصح ان يكون العدل امينا فيها لمن وجبت القيمة له حتى
يصير رهنا قبل ان يوخذ منه لا بد من الاقتضاء ولا العدل لا يصح بقبضها لما عليه مع كونه
قاضيا له بخلاف المرتهن اذا استهلك الرهن ووجبت عليه قيمته فان القيمة
الواجبة عليه يصح ان يكون رهنا قبل الاقتضاء منه لانه قائم مقام ما كان مقبوضا
بالرهن ولا مانع من جعله رهنا باخذ حكم الاصل كالثمن الواجب على المشتري
من العدل وفي مسئلة العدل المانع متحقق وهو عدم صلاحيته لكونه امينا في ما وجب
عليه من القيمة لمن وجبت له فافترقا **قوله** والضمان ليس من لوازم الرهن على
كل حال الا يري ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك ذكر
في الحاشية **فان قيل** لا نسلم ان الضمان ليس من لوازم الرهن في الرهن القصدي
وما ذكرتم رهن ضمني ثم لفظا لا يتناول ما زاد على قدر الرهن مع مسئلة رهن قصدي
مع انه ليس بمضمون فالضمان ليس من لوازم الرهن القصدي لانه قد يسبق له الزيادة
تصير مرهونة ضرورة امتناع جنس الاصل وهو يشعر بان الرهن فيها ضمني اذ الثابت
بالضرورة لا يكون قصديا فالتحقيق ان الضمان ليس من لوازم مطلق الرهن لان لازم
الشيء لا ينفك عنه بحال حتى ان المقتضي يثبت مع لوازمه وان كان ضروريا وان
قيل انه من لوازم الرهن القصدي **قلنا** نعم لكن بشرط ان يكون الرهن في يد
المرتهن ومتى اعار للراهن نقل زال القبض فيزول الضمان المبني عليه ايضا ثم
قوله حكم الرهن ثابت في ولد الرهن لا يخلو عن نوع اشتباه كما مر ان حكم الرهن عندنا
ثبوت يد الاستيفاء اي ثبوت يده بحيث يصير مستوفيا دينه من ماليته الرهن عند الهلاك وهذا
ليس بثابت في ولد الرهن اذ الاستيفاء لا يحصل به عند الهلاك اللهم الا اذا فسر الاستيفاء
باليد الموصلة الى استيفاء الدين من الراهن وذلك ان الراهن يعجز عن الانتفاع بالرهن
يتسارع الى قضاء الدين وحكم الرهن بهذا التفسير ثابت في ولد الرهن ايضا **قوله**
وان لكل واحد منهما حقا محترما فيه **فان قلت** اذا استهلك الرهن اجنبي
فالمرتهن هو الخصم في تضمينه مع ان لكل منهما حقا محترما فيه **قلت** التنصيص
بالشيء لا يدل على نفي ما عداه فكون المرتهن خصما لا يدل على عدم كون الراهن

خصايل مرابضا خصما ان المرتهن احق والتعليل بقوله لانه احق بعين الرهن يدل عليه لانه افعل التفضيل فيقتضي ان يكون لغيره فيه حق ايضا الا انه احق فيكون لكل حق الخصومة كما ان لكل حق الاشتراك هنا كذا في الحاشية وفيه نظر لما عرف من اختيار المصنف من ان التخصيص في الروايات يفيد نفي ما عداه حيث قال في الطهارات اما الماء الذي يقطر من الكرم يجوز التوضي به وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار وقال في التحكيم وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات ولو سلم فلا يخفى ان ضمير الفصل في قوله هو الخصم يدل على التخصيص وانه لتخصيص المسند بالمسند اليه فيدل على ان الخصم هو المرتهن ليس الا ثم ذكر بعض المحققين من الادباء ان الفصل قد يكون لقصر المسند على المسند اليه نحو زيد هو افضل وقد يكون لمجرد التاكيد اذا كان التخصيص حاصلا بدونه بان يكون في الكلام ما يفيد قصر المسند على المسند اليه نحو الله هو الرازق او قصر المسند اليه على المسند نحو الكرم هو التقوى اي لا كرم الا التقوى **قوله** وقوله فالمرتهن هو الخصم من قبيل الكرم هو التقوى فيفيد حصر المسند اليه على المسند اي ليس المرتهن الا الخصم لا حصر المسند على المسند اليه فلا يدل على عدم كون الراهن خصما ولكن ما ذكر في الحاشية من قوله بل هو خصم ايضا لا يكاد يستقيم لما عرف ان المرتهن اذا سرق فالسارق يقطع بخصومة المرتهن والراهن ولكن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين وعلله بان السارق انما يقطع بخصومته لاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين ولا بعد هلاكه في يد السارق لانه اذا هلك الرهن في يده لا يبقى للراهن حق المطالبة لاستيفاء المرتهن حقه بقدر الرهن وهذا يدل على ان الراهن ليس بخصم في تضمين الاجنبي اذا استهلكه في يد المرتهن لانه ليس له ولاية استرداد العين بعد الهلاك فكذا في استرداد قيمته والاستدلال بصيغة التفضيل غير سديد لانه يدل على رجحان حق المرتهن والمرجوح ساقط بمقابلة الراجح **فان قيل** اذا لم يكن للراهن ولاية استرداد العين قبل قضاء الدين يشكل قوله ولكل واحد منهما ان يرده رهنا لما كان لكل منهما حقا محترما فيه **اجيب** بان الراهن انما يمنع عن استرداد العين لنفسه لا عن رده رهنا بمعنى ان يخاصم المستعير ويجبره على التسليم الى المرتهن وهذا هو المراد بقوله يرده رهنا وذلك لان الراهن محتاج الى رده رهنا لاعادة الضمان الذي به يصير

الراهن

مرفيا دينه بالايفاء الحكمي لان هذا الضمان قد زال بالاعادة حتى لو هلك يهلك مجانا والراهن ربما لا يرضى به فلو لم يكن له ولاية الرد لتضرر فعلى هذا يراد بقوله حقا محترما هو حق الايفاء للراهن وحق الاستيفاء للمرتهن بخلاف ما اذا استهلكه اجنبي فان الضمان لا يزول به بل يبقى مضمونا على المرتهن فلا يحتاج الراهن الى الرد لاعادة ضمان الرهن فلا يثبت له ذلك **قوله** لان عرضه ان يصير مثله للاكثر اي لان عرض المعيران يصير المعير مثله بالاكثر المالين الذي سماه المعير دون ما رهنه المستعير به من اقل المالين لا لان يكون المراد منه ان يصير المعير مستوفيا لاكثر من قيمة الثوب الذي اعاره للرهن كذا في الشرح وقيل معناه ان غرض المعيران يصير المرتهن مستوفيا للاكثر بمقابلة الدين عند الهلاك ليرجع المعير به على المستعير **قلت** والمعنى الثاني اصح اذ اول ما هو قوله ليرجع عليه لان نجعل اللام بمعنى الوقت اي لان عرضه ان يصير المعير مستوفيا لاكثر المالين الذي سماه بمقابلة ما لبة المرتهن عند الهلاك وقت رجوع المعير على المستعير **قوله** وكذا التقييد بالجنس بان رهن الدراهم وقد عين الدنانير كذا ذكر في الحاشية الكنز وانه يشكل بما اذا سمع الشفيع ان الدار بيعت بالدراهم فسلم الشفعة ثم ظهر انها بيعت بالدنانير لم يكن له الشفعة فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسا واحدا واعتبرا هنا جنسين والفرق والله اعلم ان حق الشفعة ضعيف حتى يبطل بالسكوت وترك الاشهاد والمجانسة بين الثمنين ثابتة من وجه فلا اول من شبهة التسليم فيبطل به الشفعة **قوله** لانه ملكه باداء الضمان **فان قلت** نعم ولكن مستندا الى سبب الضمان وسببه هنا ليس الا التسليم والرهن هنا متاخر عن التسليم **اجيب** بان التام من الرهن هو المتعلق بالتعاطي عند قبض المرتهن والقبض متاخر عن سبب الضمان دون التوكيل السابق على التسليم الذي هو سبب الضمان **واجيب** ايضا بانه لما خالف انعقد قبضه السابق غصبا لانه رضي بقبضه بشرط ان لا يخالفه فاذا خالفه فات رضاه فانقلب القبض غصبا ولكنه انما يتم لو ثبت ان الواجب على المستعير قيمته يوم القبض **قوله** ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع **فان قلت** المستعير يصير قاضيا دينه باثبات ملك اليد للمرتهن فقط فلو ضمنه المعير لثبت له بما اخذ من المستعير ملك اليد والرقبة وفيه ربوا **اجيب** بان ملك اليد هو المقصود وملك الرقبة تابع فلا يعتبر به **قوله** ولهذا يرجع على الراهن

المعير المستعير

قوله المعير المستعير لانه قائم مقام المعير

لان اشكل ان يقال اذا كان عارية عادية فقام مقام المعير بيد العارية وبيد الرهن وليست بعارية حقيقة لانها عارة عن تمليك المنافع والمرتهن لا يستوفي منافع الرهن فكيف يصير تمليكها فالاولى ان يقال ان يد المرتهن يد المالك واما تضمين المستعير فانما هو لانه الكاتب الذي بيد المالك بلا عوض

بما ادى قال الشارح هذا غير مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما ادى بقدر الدين ولا يرجع بالأكثر من ذلك لانه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك بالدين ولا يرجع بالأكثر من ذلك مثلا اذا كان قيمة الرهن الفا وهو رهنه بالفين فافتكه المالك بالفين يرجع بقدر ما يهلك به الدين وهو الالف لا باكثر منه حتى لو هلك الرهن لم يفد الراهن للمعير بالأكثر من ذلك فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة الى هنا لفظه وهذا مشكل لانه وقع التصريح في غير موضع بان معير الرهن انما يرجع على المستعير اذا افتكه باداء الدين لانه مضطر في ادائه من حيث انه لا يتوسل الى الانتفاع بملكه الا بالافتكاك فاذا كان الموجب للرجوع هو الاضطرار لكان ينبغي ان يرجع بما ادى سواء كان ذلك بقدر ما يهلك به الدين او اكثر لانه كما يضطر الى الافتكاك فيما اذا كانت قيمته مثل الدين يضطر اليه فيما اذا كان الدين اكثر من قيمته لانه لا يتمكن من الانتفاع بملكه الا باداء كل الدين وايضا المعير لو كان متبرعا بالزيادة على قدر ما يهلك بالدين لزم ان يكون متبرعا بقدره ايضا لانه متى كان متبرعا بالزيادة كان المرتهن ان لا يقبله فيبقى رهنا لما كان فلا يتمكن المعير من تخليص ملكه باداء ما يرجع به على المستعير عند الهلاك فيكون متبرعا باداءه اذ الموجب لكونه غير متبرع هو انه تخلص ملكه على ما اشار اليه في الكتاب بقوله لانه غير متبرع حيث تخلص ملكه فظاهر ان التخليص لا يكون باداء الدين لا بقدر ما يهلك بالدين فلا يكون في اداء ذلك القدر مخلصا ملكه فيكون متبرعا ضرورة ان الموجب لكونه غير متبرع وهو التخليص فائت ثم لننكر الفرق بين معير الرهن وبين ما اذا اشترى الرجلان عبدا فادى احدهما حصة الآخر من الثمن وذلك ان المعير لا يكون متطوعا باداء دين المستعير سواء كان المستعير حاضرا او غائبا والشريك انما يرجع اذا كان صاحبه غائبا لا يتمكن من مرافعة الامر الى القاضي اما اذا كان حاضرا فلا يرجع عليه لانه غير مضطر في الاداء لامكان ان يرافع الامر الى القاضي فيامره القاضي باداء حصته من الثمن فيتمكن الشريك من قبض حصته من العبد والمعير يرجع الى المستعير سواء امكن المرافعة الى القاضي بان يكون المستعير حاضرا او لم يمكنه بان يكون غائبا فلا بد من وجه الفرق وقد ذكرنا الفرق سابقا فلا يرجع اليه **قوله** كما لو اختلفا في مقدار ما امره هكذا وقع في بعض النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا الا ان في لفظ كما تخلف الغرض اذ في الاول

القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه كذا في النهاية وقد يصحح بان التشبيه انما هو في ان في كل واحد منهما يكون القول قول المنكر مع يمينه **وفيه نظر** لانهما اذا اختلفا في مقدار ما امره بالرهن بان قال امرتك بالرهن بعشرة وقال المستعير امرتني بعشرين فلا يخفى ان كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه فلو كان القول قول المعير باعتبار انه منكر لم يكن هو احق باعتبار قوله من المستعير لاستوائهما في الانكار بل اعتبار قول المعير هنا بجهة اخرى وهي انه لو انكر الاصل كان القول قوله فكذا اذا انكر الوصف **فالجواب** ان التشبيه هنا مثل تشبيه يقع من الفقهاء كثيرا فانهم كثيرا ما يشبهون عكس المسئلة بها فيقولون مقام قولنا وعكسه كذا ومثله فهذا الاجل التفيض بالآخر وكلام صاحب المحيط والذخيرة يشعران بمثل هذا التشبيه بحرف ذلك بالتصحيح والله اعلم **قوله ولا ضمان على الراهن** اي ضمان التعدي الذي حصل بالاستخدام او الركوب **قوله** فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان **فان قلت** المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لا يبرأ عن الضمان ما لم يصل العين الى صاحبه وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه **قلت** هذا المستعير نظير المودع لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ من الضمان **فان قلت** فكذلك لو افتكه الراهن ثم استعمله فهو ضامن ولو ترك الاستعمال ثم هلك فانه احرى ان لا ضمان عليه ايضا مع انه لم يوجد الرد بعد الاستعمال الى المعير او الى من هو بتحقيق مقصود المعير وهو التسليم الى المرتهن **قلت** ان لم يوجد ذلك فقد وجد الرد الى نائب المعير وهو المستعير لان الراهن الذي هو المستعير بعد الافتكاك مودع والمودع يبرأ بالرد الى الوفاق كذا في النهاية **وفيه نظر** لما ذكر الشارح في كتاب الوديعة نقلا عن الكردري ان الوديعة خاصة والامانة عامة فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غيره قصدا بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف فعلى هذا التحقيق كان العين في يد المستعير بعد الافتكاك امانة لان الاستحفاظ لم يثبت قصدا وما ثبت من الاستحفاظ في ضمن لا غاية لم يثبت لانتفاء حكمها الا بري انه لو استعار دابة الى الجبانة ذاهبا لا جائيا ثم جاوز عن الجبانة الى القادسية ثم ردها الى الجبانة لم يبرأ

عن الضمان بالهلاك فاذا كان العين بعد الفكاك امانة وجب ان لا يبرأ عن الضمان
اذ حاله كسائر الحكم في سائر الامانات **وقد اجيب** في الناهان بان المعير
بعد الفكاك يجعل للمعير لانه انفك ليرد عليه فيصير بمنزلة المودع من حيث انه يجعل
متصرفا لامر ولو لحفظ فلما كان مودعا منه مع انه عامل لنفسه من كل وجه لان يكون
مودعا منهما وانه عامل للمعير من كل وجه اولى هذا كلامه **وفيه نظر** لما ذكر
في الذخيرة ان رد العارية في مسئلة الرهن على المعير لا على المستعير فلا يتعين انفكاكه
للرد الى المعير اذ الرد غير لازم فلا يكون عاملا له لان يتناول الرد في مسئلة الرهن
ان كان لا يجب على المعير فيتمكن المعير من الاسترداد واجب عليه فيكون انفكاكه
للتمكين الواجب عليه وذلك عمل للمعير فمعنى قوله انفك ليرده انه انفك ليمكنه من الرد اليه
اعلم **قوله** فيصير مستوفيا الكل من الابتداء بطريق الاستناد الى القبض والثابت
المدفوعة بدل المائة المتلف على ملكه على هذه النكتة لانه عند الهلاك يستند الاستيفاء
الى القبض السابق فصار كانه قبض الالف كلها من الثالث الثمن ما فيها في التقدير فيأخذها
بدلا عن المتلف على ملكه فعلى هذا لا يصير المائة المدفوعة رهنا والنكتة الثانية يشير الى
انها رهن اذا لم يحل الاجل كذا في الناهان **قوله** او يقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا
الالف بمائة فينتقل الى المائة المدفوعة ضمان ما فيها من الدين ويذهب بحصته منه بذهاب
العين فيصير المائة المدفوعة رهنا بمائة فيأخذها المرتهن بمائة من دينه اذا حل الاجل
قوله يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك يشير هذا اللفظ الى ان المائة المأخوذة من الثالث تصير
رهنا وذلك لانه اعتبر الهلاك على هذا التخريج مع اجزاء العين لا غير فيجعل جزء
من عشرة اجزائه كالباقي من حيث انه هلك الى خلف ولو كان جزء من اجزائه قائما حقيقة
لكان مرهونا بما بقي من الدين فكذا اذا كان باقيا حكما بقيام خلفه **قوله** فكان ما اذا
مات من غير قتل حقيقة الباقي بعد تراجع السعر في صورة القتل من المائة وانها لا تجعل
لاستيفاء الالف بامكان الدين وفي صورة الموت حقق انتهاء الباقي بعد تراجع السعر
من العين واليد الثابتة عليه فقط لا استيفاء الالف **قوله** لان العبد كالحاصل بعوض
كانه اشتراه من ولي الجناية كذا في الكافي **فان قلت** لو كان بمنزلة الشراء لما
بقي ولد الرهن مرهونا مع امه بعد ما فداه الراهن كما لو اشتراه بعد الدفع الى ولي
الجناية والمسئلة بخلافه **قلت** جوابه قد ذكرنا في المضاربة فعليك به والظاهر من تقييد
المصنف بقوله كان على المرتهن يحترز ان المرتهن شرط الدين من بعد هذا العوض

على

على المرتهن وذلك انه لما حصل له بعوض كان على المرتهن بذلك لانه رفع فيه
من جهته **قوله** ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته اي بعد ما
قتل قتيلا خطأ كذا في الحاشية وكانه انما قيد بدلالة قوله فيما بعد لان دين العبد مقدم
على دين المرتهن وحق ولي الجناية ولكن قوله وان كان دين العبد اقل سقط من دين
المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان يدل على ان المسئلة
غير مفروضة فيما اذا قتل قبيلك لانه لو كانت المسئلة مفروضة فيه لكان ينبغي ان يرد ما فضل
من دين العبد الى ولي الجناية لا ان يجعل ذلك رهنا لان حق ولي الجناية مقدم على حق
المرتهن صرح به في الناهان **قوله** فان فضل شيء لمولاه **اجيب** بان المراد فان
فضل شيء من ثمن العبد اي اذى الغريم وجاز ان يفضل الثمن من الدين مع كونه مستغرقا
رقبته من حيث القيمة اذ الثمن مما يتفق عليه المتعاقدان وقد يتفقان على اكثر من قيمته
فيفضل الثمن حينئذ على ما **قوله** باع استغرق رقبته بثمن **قوله** حتى لو اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد لا انه يتخير فرع بان العقد لا يبطل بتخمر العصير قبل القبض
وذكر الشارح ان المسلم اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبطل البيع وذكر الفرق
على رواية الكتاب بين تخمر العصير قبل القبض وبين اسلام المتعاقدين او احدهما قبل قبض
الخمر اذ العقد يبطل بالاسلام بعلة ان الاسلام مانع من القبض الذي له شبه بالعقد من حيث انه
يستفاد به ملك التصرف كما يستفاد بالعقد ملك الرقبة وبالتخمر لا يبطل فيجب ان يبطل به
ايضا كما ذكر الشارح بالعلة المذكورة **وجوابه** ان في مسئلة الاسلام ايضا اختلاف الروايتين
اشار اليه المصنف في باب المكاتبة الفاسدة فاستوت مسئلتا التخمر والاسلام حيث يبطل البيع فيهما
عند البعض فلا يحتاج الى الفرق نعم يشكل بان التخمير يقتضي ان يكون له ولاية الرد والرد
بعد التملك تمليك المبيع الى ما مر من قوله ولو كان المشتري بالخيار عبدا مأذونا له فأبرأه البائع
عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما
يبطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو ليس من اهله هذا لفظ والعصير
يملك بمجرد الشراء من البائع ولا يزول ملكه بالتخمر لانه ليس من اسباب زوال الملك فبقي ماله
فكان رده بحكم الخيار الثابت له لتغير وصف المبيع تمليكا وتمليك الخمر باطل ولهذا اذا اشترى
ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم قيل
الرد قبل القبض فسخ للبيع لا تمليك قلنا الرد بحكم خيار الشرط ايضا فسخ من الاصل مع انه لا يجوز
ابو يوسف ومحمد في الخمر اذا اسلم احد المتعاقدين **قوله** لان البيع ينتقض بالهلاك المنتقض

لا يعود وقد يكون الفرق بين هذا وبين ما اذا قتل العبد المبيع عبد فدفع العبد القاتل
مكانه حيث لا ينتقض البيع هناك لقيام الثاني مقام الاول فلان لا ينتقض في هذه المسئلة
مع ورود بعض المحل اولى والفرق ان المبيع في مسئلة الشاة قد هلك بتمامه بحيث
يعضه بالدباغة والعقد ينتقض بمجرد الهلاك فلا يعود وفي مسئلة العبد ان هلك
حقيقة فهو ليس بهالك حكما لقيام العبد المستحق ودفعه مقام المبيع **قوله**
وقد ذكرناه في البيوع **فان قلت** ظاهر يقتضي انه ذكر في البيوع الاختلاف
معها في جميع ما ذكر هنا من الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو لم يذكر هناك
الا الاختلاف في الثمن والمثمن فالحوالة ليست بواضحة **قلت** انه ان لم يذكر في البيوع
الاختلاف في جميع ما عده هنا صريحا فقد ذكره حكما من حيث انه اشار الى علة الاختلاف
في جميع ذلك بعرف بالتامل **قوله** بل وجوده سابق على الرهن يعني ولو
حكما كالرهن بالقرض الموعود **قوله** يوجب التبوع في الرهن وهو غير مشروع
وذلك ان الرهن كان كله مرهونا بالدين اولا بحيث لو هلك هلك به ثم لو جعل
رهنا بالثانية كان رهنا به على وجه يكون محبوسا كله به بحيث لو هلك هلك كله به وانه
متعذر فبالضرورة يجب تقسيمه على الدينين فيفضي الى التبوع ولا يمكن الالتحاق باصل
العقد حتى يصير كله رهنا بالدينين بعقد واحد حتى لو هلك يهلك بهما لان الدين
ليس بمعقود عليه الى آخره **قوله** فما حلبت فهو حلال لك الى قوله وليس بتمليك
فيه اشارة الى ان الاحلال ليس بتمليك وذكر في الزاهدي في قوله تعالى حلالا طيبا
ان الا باحة لا تفيد ملكا حتى اذا ما اول سارق على ملك المبيح ولو قال هو حلال لك
يعتبر ملكا له **قوله** او بايفاء متطوع فرق هنا بين ابراء الدين وايفاء المتطوع وقد
جعلوا ايفاء المتطوع الدين عن الكفيل كابراء الطالب الكفيل عنه حتى لا يرجع
الكفيل في صورة ايفاء المتطوع كما لا يرجع في صورة ~~الابراء في صورة~~ الابراء وعلله في الذخيرة
باب التبرع بقضاء الدين عن الغير لا اسقاط الدين عنه لا بتمليك فصار هنا والابراء
سواء فيجب ان لا يهلك الرهن بالدين في صورة ايفاء المتطوع كما لا يرجع الكفيل فيه على
ما ذكر في مسئلة الكفالة او يرجع الكفيل فيه كما يهلك الرهن بالدين على ما ذكر هنا فلا
بد من وجه **الفرق** **قوله** وبالاستيفاء لا يسقط الى قوله فاما في نفسه فباق رهنا
نظرا الى ان الدين لو كان ثابتا بعد الاستيفاء لصح الرهن به ابتداء وهو غير صحيح
وجوابه ان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء لانه يكون موصلا الى اداء الدين

فلا يصح الا بما يمكن استيفاء الدين وبعد الايفاء ان كان الدين لا يسقط فالاستيفاء يتعذر
لا محالة فلا يتعلق الرهن فاما بعد ما ثبت فلا يصح الا بقاء الرهن مع تعذر الاستيفاء فيجوز اذ
البقاء اسهل من الابتداء. وفيه نوع تأمل ايضا وهو ان الاستيفاء ينتقض بهلاك الرهن
قبل الرد الى الراهن واما ثانيا فلان هذا لا يتأتى بشيء فيما اذا رهن عينا بالمسلم فيه
ثم اوفاه المرتهن لما عرف ان ما يؤديه المسلم اليه الى رب السلم فهو في حكم عين الواجب
في ذمته لئلا يلزم الاستبدال المحرم بالنص وظاهر ان الشيء بعد الاستيفاء عينه لا يتصور بقاؤه
في الذمة **وجوابه** ان المؤدى في السلم انما جعل في حكم عين الواجب مع انه غيره حقيقة
ضرورة حرمة الاستبدال فيقتصر على ما وراءه على الاصل والرهن امر وراء الاستبدال ثم
يشكل في صورة القرض لما صرح به المصنف رحمه الله في باب السلم ان المردود في القرض
عين المأخوذ حكما مطلقا لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فاذا كان المردود
عين المأخوذ كان من ضرورته سقوط الدين فينبغي ان لا يبقى الرهن فيما اذا استقرض
شيئا ثم رهن به ثم اوفاه. واطلاق المسئلة يقتضي ان التاهن سعي في باب القرض ايضا واثنا
ثالثا فلان الامام فخر الاسلام وغيره من ائمة الاصول جعلوا ايفاء الدين من قسم الاداء المحض
دون القضاء والاداء رد عين الحق بدون تغيير في الوصف فهو ينتقض بان الدين لا يبقى
في الذمة بعد الاستيفاء ضرورة انه لما صار عينه مؤدى الى من له الحق لا يتصور بقاؤه
بعد ذلك واما رابعا فلما ذكر في الكافي في باب الاختلاف في الشهادة حيث قال ولو ادعى
الغريم الايفاء فشهدا بالابراء او التحليل يقبل لان الايفاء اثبات القبض والابراء وقد شهدا ببعض
ما ادعاه ولو ادعى انه ابراه او حلله فشهدا على اقرار الطالب بالاستيفاء مثل الغريم
فان فسره بالاستيفاء يقبل لانه وفق وان فسر بغيره لا يقبل لانهما شهدا بالكل هذا كلامه فلو كان
الابراء اسقاطا للدين والاستيفاء تقريرا له وجب ان لا يقبل الشهادة في المسئلة الاولى
لانهما شهدا بغير ما ادعى وان لا يصح تفسير الابراء بالاستيفاء في الثانية لعدم صحة التفسير بالمناقض
واما خامسا فلما ذكر بالرقال لفلان على الف ثم قال قضيتها اياه قبل ان اقر بها واقام البينة
لم يقبل بينته لان اقراره يوجب كون الالف عليه وقت الاقرار فاذا ادعى القضاء قبل
ذلك فانه يوجب سقوط الدين عنه فكان متناقضا الا انه اذا ادعاه قضاه بعد ذلك مرضوا به
يقبل استحسانا لان هذا اللفظ يذكر ويراد انه كان عليه مجازا فمتى وصل باقراره دليلا
على المجاز يقبل ولا لانه بيان تغيير كذا في الذخيرة فلو كان الاستيفاء مقررا للدين
وجب ان يقبل البينة في هذه المسئلة مطلقا لان القضاء مقرر لا مسقط فلا يكون متناقضا

قوله او صالحه عنها على ان لا استيفاء قلت يشكل على هذا ما ذكر التمرتاشي
في الحيلة فيما اذا قال الزوج لامراته ان لم تهبيني صداقك اليوم فانت طالق وقال
ابوها ان وهبت له صداقك فانت طالق حيث قال والحيلة في ان لا يحنث احد ان
تصالح عن مهرها بثوب فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب ولم يحنث الزوج لانها
عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج كذا ذكر في الشرح في كتاب
الايمان في مسئلة الكوز ووجه الاشكال ظاهر وهو ان الصلح عن الدين على عين لما كان
استيفاء وهو لا يسقط الدين كانت المراة متمكنة من هبة الصداق بعد الصلح ايضا لبقاء الدين
الا يرى ان ابراء الدين بعد الاستيفاء يجوز ويجب عليه رد ما استوفى وهبة الدين ابراء
فهي ايضا يجب ان يحنث الزوج في المسئلة المذكورة وان صالح عن مهرها على ثوب وفي
الذخيرة قال لامراته ان لم تهبي صداقك اليوم فانت طالق ثلاثا فقال ابوها ان وهبت
صداقك فامك طالق فالحيلة ان تشتري من زوجها ثوبا ملفوفا بمهرها وتقبضه فاذا
مضى اليوم فقد مضى وقت اليمين ولا مهر لها في ذمة الزوج فبطل اليمين ولا يحنث
الزوج بزوال العين ثم يكشف عن الثوب المشتري فترده بخيار الرؤية ويعود المهر على
الزوج فلا تطلق امها ايضا لانها ما وهبت المهر انما اشتريت به هذا كلامه وهذا ايضا مشكل كما
ذكرنا قوله ولذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك بطلت
الحوالة ويهلك بالدين وههنا وجوه احدها ان الدين لا يسقط بالحوالة بل ذمة المحتال
عليه بتقوم مقام ذمة المحيل فيبقى الرهن ايضا فاذا هلك الرهن يهلك بالدين فيبطل
الحوالة لانه يستقيل حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض السابق فتبين انه حال بالدين
ولا دين والثاني ان الدين ان كان يسقط بالحوالة فلا يسقط به مطلقا بل مقيدا بعدم التوى
فيكون احتمال الدين بعد الحوالة قائما لجواز ان يتوى الدين على المحتال عليه فيعود
الى ذمة المحيل دينا والرهن يحتمل توهم الدين كما سياتي في صورة التصادق على
عدم الدين فاذا كان الرهن باقيا يهلك المرهون بالدين فيظهر بطلان الحوالة والثالث مثل الذي اشار اليه في الكتاب بقوله لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه نزول
عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع به على المحيل لو لم يكن للمحيل
على المحتال عليه دين واعترض عليه بانه ما ازال ملك الراهن عن المثل لان
المثل المديون واجيب بان الراهن حق طلب المثل والحوالة ابطل ذلك كذا
في الحاشية وقد يجاب ايضا بان لفظ المثل في قوله مثل ما كان مقحم اي نزول به عن المحيل

ماكان

ما كان له على المحتال عليه من الدين ولا يشكل ان الدين ملك المحيل لانه مال حكما
حتى الزكوة على رب الدين ويصح تصرفه بالهبة والترك ولكنه غير مملوك لما صرح
به في الكافي في باب الحوالة ان الدين الذي للمحيل على المحتال عليه يبقى في ملكه
بعد الحوالة حتى لو ابرا المحتال المحتال عليه من الدين رجع المحيل على المحتال عليه ...
وكذا لو مات المحيل ديون قبل ان يقبض المحتال دين الحوالة صار الدين بين
غرمائه بالحصص ولم يختص المحتال به ولو ادى المحتال عليه دين الحوالة المقيدة
بدين عليه في مرض المحيل ثم مات المحيل وعليه ديون كان ما على المحتال بينهم
بالحصص هذا كلامه كتاب الجنايات قوله لان العمد هو القصد
ولا يوقف عليه لا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فان قلت فيه يحتمل الآلة
القاتلة ولا يكون عمدا بان رمى الى صيد فاصاب آدميا فانه خطا مع وجود الآلة القاتلة
فلو كان استعمال الآلة القاتلة يحتمل لكان قتل الآدمي برميه دما الى صيد عمدا بل ليس كذلك
اجيب بان استعمال الآلة انما تقوم مقام العمد في حق القتل بمعنى انه يتعين قتلا
وينقطع عنه احتمال التاديب لا في حق المحل لظهور انه لا يتعين باستعمال الآلة القتل في هذا
المحل اوذاك قوله لقوله عليه السلام العمد قود اي موجب العمد قود جعل
جنس العمد قودا منكرا والقود الواحد لا يترتب على جنس العمد فكان المراد جنس القود
فيلزم ان لا يكون القود من حيث الخطاء ولم يكن جنس القود موجب العمد كذا في
الحاشية قلت ذكر بعض المحققين ان المبتدا المعروف باللام ان جعل مبتدا فهو
مقصور على الخبر سواء كان الخبر معرفا بلام الجنس او غيره او كان غير معرف نحو التوكل
على الله والتفويض الى امر الله وان جعل خبرا فهو مقصور على المبتدا وقوله عليه السلام
العمد قود ظاهره من قبيل التفويض الى امر الله فيفيد حصر المبتدا على الخبر وبهذا المعنى
لا يصلح دليلا على التقييد بوصف العمدية لانه لا ينافي ان يكون القود غير العمد ولكن المراد
بالقود الجنس كما ذكر في الحاشية والمضاف محذوف من المبتدا لصحة الحمل فيكون التقدير
موجب العمد القود فيكون من قبيل زيد الامير فيفيد حصر القود على العمد لا ينال
الحمل كما يصح تخلف المضاف من المبتدا يصح حذفه من الخبر بتقدير العمد موجب القود
اي مثبته فيكون من قبيل الامير زيد فيفيد حصر المبتدا على الخبر فكان محتملا فلا يستقيم
تقييد المطلق بالمحتمل لانا نقول حذف المضاف هنا من الخبر غير ممكن اذ العمد كما يوجب القود
يوجب الاثم ايضا فلو حمل على حذف المضاف من الخبر كان المعنى ان العمد لا يوجب

الا القود وذلك فاسد ثم هنا بحث اما اولا فلان الحصر في مثل هذا ليس بلازم
بل قد يتبدل وقد لا يتبدل فكيف يجوز ترك الاطلاق القطعي به وجوابه ان هذا
قد تايد باجماعهم على عدم وجوب القصاص على الخاطئ فيجوز التقييد به واما ثانيا
فلان المصنف رحمه الله قد تمسك بهذا الحديث على تعين القود موجبا للعمد
حيث قال ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة وهو قوله عليه السلام العمد
قود ولا يخفى ان التمسك به على ذلك انما يستقيم ان لو كان يفيد حصر المبتدا على
الخبر بمعنى ليس موجب العمد الا القود اما لو فرض فيه حصر الخبر على المبتدا بمعنى
ليس القود الا موجب العمد فلا يمكن ان يقال في وجه التمسك بقوله العمد
قود على اختصاص القود بالعمد واختصاص العمد بالقود بان لا يكون موجبه
غير القود ومن المقال ان النص ظاهر يقتضي حصر العمد على القود لا انه
من قبيل التوقيف الى انه فيكون المعنى لا عمد الا قود فيفيد انتفاء ان يكون
المال موجبا للعمد فيصلح تمسكا على عدم ثبوت المال في العمد من النبي صلى الله
عليه وسلم حمل القود على العمد حيث قال العمد قود وانه من قبيل زيد عدل
وانه يقتضي ان يكون العمد نفس القود بعينه والاتحاد يقتضي ان لا ينفك احدهما
عن الاخر اذ الانفكاك يستدعي الاثنينية فحيث تعذر الحمل على الحقيقة يجعل
مجازا عن عدم الانفكاك اي القود لا ينفك عن العمد والعمد لا ينفك عن القود
والكلام اذا دار بين المجاز والحذف فالمجاز اولى ومنزلة اي موجبه بسبب حذف
المضاف من المبتدا لم يرد بيان اختصاص القود بالعمد بل اي القود موجب العمد باراده
حصر القود على موجب العمد قوله ولنا ما تلونا من الكتاب وهو قوله
تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ان كان المعنى كتب عليكم ايها القاتلون
التمكين من القصاص عند طلب اولياء المقتول فلا دلالة له على تعين
القصاص موجبا للعمد لان كون موجب العمد واحدا من القصاص او المال
لا ينافي وجوب التمكين من القصاص عند طلب الولي ذلك منه اذ الاختيار
في استيفاء احدهما الى الولي دون القاتل وكذا كون الموجب من القود لا ينافي
ان يكون للولي النقل الى المال وكذا ان كان المعنى كتب عليكم ايها الحكام
او اولياء المقتول اعتبار المساواة عند استيفاء القصاص لظهور ان وجوب
اعتبار المساواة عند استيفاء القصاص لا يوجب تعين القصاص موجبا للقود

بحيث لا يجبر على دفع المال لو اختاره الولي قوله وما رويناه من السنة وهي
قوله عليه السلام العمد قود وذكر في المبسوط وجه التمسك به وقال ادخل الالف
واللام في العمد وليس هنا معهود فكان للجنس وفيه تنصيص على ان جنس العمد
موجب للقود ومن جعل المال واجبا به فقد زاد على النص والى هذا اشار ابن
عباس رض في قوله العمد قود لا مال فيه كذا في الشرح وهذا يدل على ان التقدير
في قوله العمد قود العمد موجبه قود وان فيه حصر المبتدا على الخبر بمعنى لا عمد الا موجبه
القود فيشكل التمسك به للمسئلة اولى ومعنى ان القود لا يجب الا بالعمد اللهم الا على ما ذكرنا من
التاويل قوله ولا يتيقن بعدم قتل الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك
قلت انه ان لم يتعين مدفعا للهلاك مطلقا فقد تعين مدفعا للهلاك بسبب القتل
قصاصا وتعين المال لدفع الهلاك بسبب يكفي متعينا لوجوبه عليه بغير مرضاة منه كما لو
اصابه مخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل يلزمه الشراء وان لم يرض به مع ان الشراء
لم يتعين مدفعا للهلاك الا بسبب معين وهو الجوع لجواز ان يهلك بعد الشراء بسبب اخر
غير الجوع على انه لا اشكال ان المال في مسئلتنا تعين مدفعا للهلاك بالقتل من حيث الظاهر
لانه بعد اخذ المال لا يتمكن من قتله الا ظلما والظاهر ان لا يظلم وتعين المال لدفع الهلاك
ظاهرا يكفي لوجوبه بغير مرضاة منه كما في مسئلة المخمصة فان الشراء تعين مدفعا له من حيث
الظاهر لا من حيث القطع لاحتمال ان يهلك الطعام بالشراء لا باكله فيموت جوعا ولكنه خلاف
الظاهر لان الامتناع عن اكل ماله عند الاضطرار اليه حرام فالظاهر عدمه قوله
ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لرفع الادنى لا يدل على تعينها لدفع الاعلى
وقد يشكل بهذا وجوب الفدية في باب الصلوة احتياطا عند العجز عنها من حيث ان الفدية
ايضا من المقادير وقد تعينت في الشرع لجبر الادنى وهو الصوم مع انها تجب احتياطا في الاعلى
وهو الصلوة اذ امرها اهم من الصوم على ما عرف فينبغي ان تجب الكفارة في القتل العمد ايضا
وجوب الفدية في الصلوة او لا تجب الفدية فيها كما لا تجب الكفارة في العمد وايضا الكفارة
تجب في شبه العمد الحاقا له بالخطا مع انه اعلى منه في الاثم وعلى ما ساق الكلام هنا ينبغي
ان لا يلزم الكفارة في شبه العمد ايضا وقد يجاب عن الاول بان الشافعي رحمه الله قال بوجوب الكفارة
في العمد على سبيل الختم وهذا التعليل خرج ردا لمذهبه فان تعين الشيء لجبر الادنى
لا يدل على تعينه لجبر الاعلى البتة فلا يتم القول بالوجوب على الختم واما ما نحن
فانا لم نوجبها على سبيل الاحتياط كما اوجبنا الفدية في الصوم لان القول بالوجوب احتياطا

لا يمكن مع التيقن من الشرع بخلافه وقد نطق الحديث بان لا كفارة في العمد قال
عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها القتل بغير حق واما الجواب عن
الثاني فنذكره **قوله** ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد اي خطا شبه
العمد قتيل السوط والعصا لم يفصل بين العصا الصغير والكبير وقد يقال العصا تقع في
العادة على ما لا يقتل به غالبا فيكون الحديث موافقا لمذهبهما دون مذهبه ولا يقال العصا
فلا يثبت كما اذا ضرب به صبيا او ضعيفا او مريضا بهم اولى من غيرهم **اجيب** بانا انما لا نجعل العصا
لضعف سنه لعارض الصغر والعوارض غير معتبرة وكانه اراد بالسوط والعصا ما لا يكون
معدا للقتل فيدخل فيه القتل بالحجر العظيم الذي لا يلبث **قوله** وفيه الكفارة لشبهه
الخطا **فان قلت** الكفارة شرعت لستر الذنب والذنب في شبه العمد اعلى منه في
الخطا حتى يجب فيه الدية مغلظة وفي الخطاء مخففة وتعين الشيء لدفع الادنى لا يدل على
تعينه لدفع الاعلى فكيف تجب الكفارة فيه الحاقا له بالخطاء **قلت** تعين الشيء لدفع الادنى
على لا يدل على تعينه لدفع الاعلى على سبيل الحتم واما على سبيل الاحتمال فيجوز ان يكون
الدافع للادنى دافعا للاعلى ايضا فلما احتمل ذلك وكانت الكفارة من العبادات التي مبناها
على الاحتياط قلنا بوجوبها في شبه العمد احتياطا واما قتل العمد فقد خرج وقال صاحب
الايضاح وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد على قول ابي حنيفة لان
الاثم فيه كامل متناه وتناهيه يمنع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف والصحيح من الاول
فقد ذكر الطحاوي والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عند ابي حنيفة رضي الله عنه
قوله ولا اصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على
العاقلة وقد يشكل بما سيأتيك في المعاقل ان الواجب في الخطاء هو الملك لان ضمان
المتلفات يقدر بالمثل بالنص ومثل النفس هو النفس لا انه اذا رفع الى القاضي يتحقق
العجز عن استيفاء المثل لما فيه من الحقوقية والخاطئ معذور فيتحول الحق بقضائه الى
المال ولهذا يجب الدية في ثلث سنين من وقت القضاء لا من وقت القتل وسيأتيك تحقيقه
انشاء الله تعالى نظرا ان الدية ليست بواجبة في الخطاء ابتداء بل الواجب ابتداء هو الملك
والمال يجب بالقضاء لا بنفس القتل **وجوابه** ان الواجب في الخطاء ابتداء لو كان
هو الملك ولكن لا لذاته بل لما يترتب عليه الخلف وهو المال فيجوز ان يقال المال هو الواجب
ابتداء نظرا الى ان المقصود بايجاب الملك هو المال ثم هذا التعميم ينتقض بما اذا دخل رجلان
دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه خطاء لان الدية فيه تجب في مال القاتل لا

على

على العاقلة مع انه دية تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد وكذا المسلم اذا قتل
رجلا خطاء تجب الدية في ماله لا على العاقلة مع انه مال تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى
يحدث من بعد **وجوابه** ان الدية انما تجب على العاقلة اذا كانت له عاقلة لتعذر الوجوب
على العاقلة حينئذ لا عاقلة ولا عاقلة للذي دخل دار الحرب والمرتد لان التناصر
باعتبار التناصر ولا ينصر احد لمن دخل دار الحرب لتعذر النصرة بتباين الدارين
وكذا المرتد لا ينصره احد فلم يكن له عاقلة فيجب الدية في ماله بالضرورة
لانه لا عاقلة له
العمد **قوله** ومالك وان انكر شبه العمد فانه قال ان القتل نوعان عمد محض وخطاء
محض ولا ادري خطاء العمد ولا شبهه كذا في الكافي وذكر في المبسوط لا
اذا ذبح ابنه يقتص عنده مالك به واما اذا رمى الاب ولده بالسيف والسكين فقتله قتلا
قصاص عنده ايضا العرف له بين الذبح وغيره من ان الموت لا يجب لشبه الخطاء في
الذي يمكن شبه الخطاء فالظاهر انه قصد تاديبه لا قتله لان شفقة الاب تمنعه عن
ذلك بخلاف الاجنبي فليس بينهما هناك ما يدل على الشفقة فجعلنا الذي من الاجنبي
عمدا محضا ما اذا ذبحه فليس هناك شبه الخطاء بوجه فيحمل على قصد القتل وان كان
مراتا فيجعل بعلم ان مالكا لا ينكر خطاء العمد ولا ابطل هذا الفرق والتعليل من قبله اصلا
والله اعلم بالصواب **قوله** وهذه كفارة ذنب القتل ولا يقال وضع اثم القتل
في الخطاء ومع هذا يجب الكفارة ويحرم الارث لانا نقول اثم ذنب القتل موضوع انما
الذنب ثابت والكفارة وحرمان الارث لا الذنب الاهيتا فذنب القتل غير متحقق
قوله كذا في الكافي **قلت** الظاهر انه اراد بالذنب في وهذه كفارة ذنب هو الاثم لانه
خرج للدليل على عدم وجوب الكفارة وحرمان الارث في القتل بسبب وانما يصلح
مقارنة منه للدليل لو لم يجعل الذنب بمعنى الاثم اي هذه الكفارة اثم القتل ولا اثم التنك
هنا فلا تجب هذه الكفارة اما لو جعل الذنب بمعنى المعصية كما هو مقصوده هذا التأويل
يكون اختباطا ولا يرتبط بقوله وان كان بالاثم بالحفر لا بالاثم بالموت على ما لا يخفى وان سلم
ان المراد بالذنب هو المعصية فالكفارة انما تجب لستر الذنب بمعنى رفع موجبه وهو الاثم اذ
رفع المعصية نفسها بعد وقوعها غير ممكن فاذا كان الاثم مرتفعا بالخطاء كيف تجب الكفارة
فيه لرفعه وهذه كفارة ذنب القتل بمعنى سنته ورفع موجبه فالحق لا يقال الا القتل
منه من الرامي هو الذي اذا لا ضع سراه فالذي من حيث انه رمي الى الصيد مباح لا اثم فيه
ومن انه افضى الى القتل بتقصير من الرامي في التثبت حرام بالاثم الرامي فهناك لا اثم موجود

جزاء

في قتل الذمي الذي هو القتل فيجب الكفارة لستره واما قول المصنف رحمه الله فيما تقدم قالوا
المراد اثم القتل فمعناه اثم الذي من حيث هو رمي الى صيد اما باعتبار انه افضى الى الموت
بترك التثبت فلا يعرى عن اثم وهذه الكفارة اثم نفس القتل فسوغت عليه واما الحفر
فلا يصير قتلا اصلا حتى يتحقق اثم نفس القتل فيترتب عليه الكفارة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص **قوله** محقون الدم على التابيد **فان**
قلت ان كان المراد ان يكون محقون الدم من المهد الى اللحد ففساده ظاهر لانه يجب
القصاص بقتل من اسلم بعد ما كان كافرا حربيا وان كان المراد ان يكون محقونا من
حين صار معصوما الى آخر العمر فذلك غير معلوم لانا لا نعلم ان المقتول لو عاش
لكان محقونا الى الموت **اجيب** بان المراد ان يكون محقون الدم على التابيد
ظاهرا كالمسلم والذمي اذ الظاهر بقاؤهما على العصمة الى الموت اذ اعتراض الردة
او نقض العهد خلاف الظاهر بخلاف المستامن لانه على قصد الرجوع الى دار الحرب
حتى لا يمكن من الاقامة في دار الاسلام سنة **قوله** ومن ضرورة هذه المقابلة ان
لا يقتل حر بعبد **فان قلت** كما قابل الحر بالحر قابل الانثى بالانثى ومع هذا يقتل
الانثى بالذكر **قلت** قصاص الانثى بالذكر ثبت بمنزلة الحر بالحر لانه يتناول الذكور و
الاناث تبعا وانما اثبت بالكل بانا الحكم فيما قبل النزول لا القياس في حكم يندرئ بالشبهات
كذا في الكافي **قلت** كما ان قصاص الانثى بالذكر ثبت بعموم قوله تعالى الحر بالحر
وخص الانثى بالذكر بانا الحكم فيما قبل كذلك قصاص الحر بالعبد ثبت بعموم قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى وخص العبد بالذكر لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه
ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احديهما تدعي الفضل لنفسها على الاخرى فقالت
لا نرضى الا ان يقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه
الآية زجرا لهم عما ارادوا من قتل غير القاتل بالمقتول والفاضل لا انثى بالانثى دليل
على وجوب القصاص على الحرة بقتل الامة واذا ثبت ذلك في الامة ثبت في العبد لعدم
القائل بالفصل وايضا كما ان عموم قوله الحر بالحر يقتضي قصاص الانثى بالذكر يقتضي ا
قصاص بالانثى والانثى لا يتناول بها على ما هو المذكور في الكشاف نعلم انه لا يتمسك بهذا العموم
قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه ذكر في الحاشية هذا جواب عن تمسك
الشافعي رحمه الله **قلت** الشافعي رحمه الله لا يتمسك بهذا النص بطريق التخصيص حتى يكون هذا
جوابا له لكن والتخصيص باسم العلم اي غير الوصف لا يدل على نفي ما عداه عنده بل يتمسك

بطريق آخر وهو انه يقتضي مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار في حكم القصاص فمن
قال يقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار بل يكون بعضهم مقابلا
بالعبد وذلك بعضهم الآخر لا يدل على ان لا يقتل الحر بالعبد والذكر بالانثى كما لا يدل
على عكسه فان المفهوم انما يعتبر حيث لم يظهر عوض سوى اختصاص الحكم وقد تبين
الغرض من بيان الواقعة في الجاهلية وانما منع مالك والشافعي رحمهما الله قتل الحر بالعبد
سواء كان عبده او عبد غيره لما روي عن علي رضي الله عنه ان رجلا قتل عبده فجلده رسول
الله عليه السلام ونفاه سنة ولم يقتله به وان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يقتلان الحر
بالعبد بين اظهر الصحابة من غير نكير **قوله** والمسلم بالذمي خلافا للشافعي
رحمه الله فيما اذا كان القاتل مسلما وقت الجناية اما اذا كان القاتل ذميا وقت الجناية
ثم اسلم فعليه القصاص اتفاقا وقد احتج بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب
الجنة واذا انتفت المساواة لا يجب القصاص المبني على المساواة لغة وشرعا وقوله
تعالى لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا اي لن يشرع لهم ذلك فانا
لو شرعنا لهم سبيلا بالغلبة والقتل قصاصا مشروع وانه اعظم سبيل فلا يثبت لهم علينا
واجيب عن الاية الاولى بانه لا يمكن اجراؤه على العموم لقيام المماثلة بينهما من وجوه
كثيرة فيحمل على المعنى الخاص الذي يدل عليه سوق الكلام وهو عدم المساواة
في الفوز والنجاة بدليل قوله اصحاب الجنة هم الفائزون وعن الثانية ان المراد منه
نفي حكم القيمة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينكم يوم القيمة كذا في الشرح **قلت**
قد تمسك المصنف رحمه الله على علو ولاية الكافر على المسلم في باب الاولياء والاكفاء بقوله
تعالى لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واراد الاشارة الى ان المراد
منه نفي السبيل في حكم الدنيا **قوله** والمراد بما روي الحربي **فان قلت**
لا يمكن حمل المروي على الحربي الذي لا امان له وقتله فرض **قلنا** المسلم اذا
دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا لا يقتل به وانه حرام قتله كذا في الشرح نقلا
عن الاسرار فالمراد بالحربي الحربي الذي حرم قتله اما لكونه مستامنا فينا
او لكون المسلم مستامنا فيهم **قوله** بسياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده والعطف
للمغايرة وتقريره ان قوله ولا ذو عهد معطوف على قوله مسلم فيكون المراد المسلم اذ
العطف يقتضي المغايرة فيكون التقدير بحكم العطف الموجب للمشاركة ولا يقتل
ذو عهد والمنفي في العذر من القتل بالكافر قصاصا لا مطلق القتل فكان من

المنفي عن المعطوف ايضا اي لا يقتل ذو عهد في عهده بكافر والمراد بالكافر
هو الحربي اذ الذمي يقتل بالذمي اجماعا وللقائل ان يقول لو كان المراد
الحربي لضاع **قوله** في عهده لان الذمي لا يقتل بالحربي بعد نقض العهد
ايضا اذ لا قصاص بين الحربيين وكذا بين المستامنين فالاولى ان لا يجعل قوله
ولا ذو عهد بمعنى لا يقتل ذو عهد في مدة عهده ابدا بتقدير مطلق القتل في
المعطوف وليس هذا ابعد مما قاله بعض الادباء في قوله تعالى وامسحوا برؤسكم
وارجلكم ان قوله وارجلكم بقرائتي النصب والجر معطوف على رؤسكم
الا ان المراد بالمسح المقدار الذي يدل عليه الواو هو الغسل بقرينة قوله
الى الكعبين اذ المسح لم يضرب له غاية في الشرع فالمقدر في حق المعطوف
عليه المسح بمعنى الاسالة وفي المعطوف المسح بمعنى الغسل فاذا صح مثل
هذا لا بعد ان يكون المقدر على المعطوف اخص من المذكور في المعطوف
عليه وبالعكس **قوله** ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا وهو قوله عليه السلام
ولا ذو عهد في عهده ذكر في الاسرار قال الشافعي رح يقتل الذمي بالمستامن
للعمومات الموجبة للقصاص الا انا نحتج بما روي عن النبي عليه السلام انه قال
لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده ويريد بذلك الكافر المستامن اي لا يقتل
المسلم بالمستامن ولا الذمي ولا يجوز ان يحمل على الكافر الحربي لان قتله واجب
فلا يشكل هذا كلامه كذا في الشرح **وفيه نظر** لان الحربي قد يحرم
قتله بان دخل المسلم دار الحرب بامان لا يحل له قتله ومع ذلك لو قتل
حربيا لا يقتل به فيجوز ان يحمل على مطلق الحربي كما ذكره الشارح فيما تقدم نقلا
عن الاسرار وهو الظاهر **قوله** ويقتل الرجل بالمراة ذكر في الكافي
قال مالك والشافعي رح لا يقتل الرجل بالانثى وهو مخالف لرواية عامة الكتب
قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف لهذا الحديث معنيان احدهما لا قود
يستوفى الا بالسيف والثاني قال المصنف رح والثاني لا قود يجب الا بالضرب
بالسيف والمراد قال الامام فخر الاسلام رحمة الله وقيل يرجح الاول بان القود
اسم لقتل هو جزاء القصاص دون ما يجب من غيره فان حمل عليه كان مجازا وبان القود
قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة وانما السيف مخصوص بالاستيفاء وترجح
الوجه الاول للترجيح لا الواجب على الجاني انما هو تمكين الولي من الاستيفاء دون

العود نفسه فهذا لو حمل الوجوب على المعنى المصطلح وكذا لو حمل على معنى
الثبوت لان الثابت للمجني عليه او الولي انما هو ولاية الاستيفاء دون
العود نفسه فلا جرم لو حمل على المعنى الثاني كان الكلام مجازا واما الوجه
الثاني فليس فيه لامكان وجوب العود بالقتل بالنار والابرة ولا انه
كثيرا ما يوصف العود بالوجوب حتى صار متعارفا فجاز ان يحمل على المعنى
الثاني ايضا لكن وقد يقال ان نحوي الكلام يدل على المعنى الثاني **قوله**
وان اجتمعوا الخ وقد يشكل الفرق بينه وبين ما اذا ادعى رجلان اجنبيان في عقد من
ولم يدر ايهما اسبق توقف بينه وبينهما ولها نصف المهر اذا ادعت كل واحد منهما الاول
ولا حجة لها اما اذا اقامت لا تدري ايهما الناكح الاول لا يقضى لها بشيء حتى
تصطلحا على احد نصف المهر كذا في الكافي في كتاب النكاح في فصل المحرمات
ففي هذه المسئلة مع اشتباه مستحق نصف المهر يقضى لها عند الاصطلاح **قوله**
اذ اظهر الاختلاف فيه بين الصحابة رض في من ينهى على نعت الحرية او الرق
وبيان ذلك بان العلماء اختلفوا فيمن قبلوا الذمة قهرا قال بعضهم هم عبيد للمسلمين
والاراضي مملوكة لهم وما وضع عليهم كضرائب يضربها السيد على عبده وعندنا هم احرار
والاراضي مملوكة لهم مع ان المسلم يقتل بمقابلة الذمي عندنا فلو كان لا اختلاف العلماء
تاثير في امتناع القصاص لما اقتص المسلم بالذمي لان العلماء اختلفوا في كونهم احرارا
او عبيدا للمسلمين وهذا الاختلاف معتبر فقد ذكر في الكافي ليس للامام ان يحول
الخراج الموظف الى المقاسمة الا برضا اهلها فان فعله جبرا او ولي اخر يرى خلافه
ان كانوا قبلوا الذمة طوعا ابطل الثاني حكم الاول ولو انهم قبلوا الذمة قهرا فلذلك
لانه مجتهد فيه فبين العلماء اختلاف في ارض فتحت عنوة قال بعضهم هم عبيد للمسلمين
وعندنا هم احرار واراضيهم مملوكة لهم فان كان الاخر كما قال الاولون فللامام ان
يبدل ويحول من وظيفة الى وظيفة نقضا الاول صادف موضع الاجتهاد فلا يكون
له ان يبطله هذا لفظه فعلم ان هذا الاختلاف معتبر مع ذلك بين المسلم والذمي
في الطرفين **قوله** او يشتري الخ ولدا وقيد احرار احترازا عما اذا كان لم يرثه
غير احرار بان كان لم ولد لم يولد في الكتابة او يشتري فان ترك الولد المولود في
الكتابة كذلك الوفاء وكذا المشتري فيه حيث يعتق في اخر جزء من اجزاء الحياة
باداء الولد المولود او المشتري فما يكون للمولى ان يقبض منه **قوله** لهم قوله عليه

يجري القصاص

الهدام اي للشافعي وليهما لكن للشافعي المستدل بالحديث وليهما بالمقتول كذا في
الشرح فعلى هذا يكون من باب اللف والنشر ويحتمل ان يقال انهما احتجا بالحديث
الفارق المذهب ابي حنيفة رض لا اثباتا لمذهبهما او انهما حملا الحديث على معنى من غرق
جاز فيما جزاه الغرق يغرق بنفسه بالسيف ومن حرق حرقناه جزاؤه يقتل قصاصا
فيوفقا بين الحديث وبين ما روي انه قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا
احدا بعذاب الله وفي رواية لا تعذب بالنار الا ربها **قوله** اضافة الى نفسه
حيث قال غرقناه ولو كان الغرق قصاصا لكان استيفاؤه الى ولي المقتول لا
الى الحكام **قوله** واختلاف الروايتين بالرفع مبتدأ وفي اللفافة خبره ويجوز
نصبه عطفا على ضمير ذكرناه لان اختلاف الروايتين غير مذكور في الكتاب اللهم
الا ان يراد ذكره في غير هذا الكتاب لما ذكرناه واختلاف الروايتين في
موضعها **قوله** ضربه اي ضرب الشاهر والظرف يتعلق بالضرب ثم قتله الاخذ
اي المشهور عليه وذكر في الحاشية الظاهر ان الضمير في قتله يرجع الى الشاهر
اي قتل الشاهر غير المشهور عليه فعلى القاتل القصاص لانه عاد عصمة الشاهر
بالانصراف عن القتل هذا لفظها **قلت** وهذا المعنى يحكم التقييد بالانصراف
عن الضرب بتعرضه لو قتل الشاهر غير المشهور عليه قبل انصرافه عن القتل
لا يقتص القاتل ولكن الدليل دل على خلافه لانه انما لا يقتص قاتل الشاهر
باعتبار سقوط عصمته وعصمته انما تسقط في حق المشهور عليه دون غيره لانه المحتاج
الى دفع شر الهلاك عن نفسه لا غير فينبغي ان يقتص القاتل الاجنبي ان قتله
القصاص سقط عصمته في حق ولي القتيل لا في حق غيره حتى يجب القصاص
على غيره بقتله والمسألة مذكورة في الشرح والكافي قبيل باب القسامة **باب**
القصاص فيما دون النفس **قوله** والمراد غير الثنايا اشعار بان
السن عظم وهو مختار بعض الاطباء واليه ذهب الاشارة النبوية حيث روى رافع
بن خديج ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر اما السن فعظم
واما الظفر فمدى الحبشة وانكر بعضهم كونه عظما لانه يحدث بعد تمام الخلقة فان
قلت فقد ذكر المصنف ره فيما بعد ما يشير الى انه عظم حيث قال في الديات
ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش
بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود **قلت** هذا وهم وسنبينه في الديات

ان شاء الله

ان شاء الله تعالى ثم روي عن محمد ره ان السن المقلوع لو كان اكثر قدر الدرهم يمنع
الصلوة وانه يشير الى ان السن عصب لا عظم اذ لو كان عظما لما كان مانعا لجواز الصلوة ولكن
من قال انه عصب اراد انه عصب كما صرح به في بعض المواضع انه طرف عصب يابس والرواية
منصوصة بان العصب كالعظم في الطهارة وعدم حلول الموت فيه فلا يدل ما روي عن
محمد ره انه زاد على قدر الدرهم يمنع الصلوة على كونه عظما بل هذه الرواية عن محمد ره على
ما جاءت من اصحابنا ان العظم المقلوع نجس كما مر في الشرح وفي الكافي في كتاب الصلوة
قوله ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وذكر في البناية لو كانت الاطراف
كالاموال عند علمائنا لثبت استحقاقها قصاصا مع الشبهة كالاموال وهي لا تثبت معها عند
ابي يوسف ومحمد ره حتى لو ادعى قصاصا في الطرف فانكره المدعى عليه وحلف فنكل
لا يقضى عندهما بالنكول لان النكول اقرار فيه شبهة **قوله** والمقطوع بالخيار
فان **قلت** الخيار مذهب الشافعي واما عندنا فلا حق للولي الا في القصاص كما مر اجيب
بان ذلك فيما اذا لم يتعذر القصاص بوجه اما ان تعذر بعيب الاليم اذا كان التعذر
من كل وجه استدلالا بآية الخطأ وبحران تعذر من وجه لا من وجه لامكان يوجب القصاص
وجهة التعذر توجب الدية فله ان يميل الى اي الجهتين شاء **قوله** لان استيفاء
الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه **قلت** هذا يشكل بما اذا قطع اصبعا فشلت
الاخرى بجنبها او اليد كلها حيث لا اختيار فيه بين اخذ الدية بل الواجب هو الدية مع
ان استيفاء الحق كملا يتعذر اذ لا يمكن القطع الساري الى شلل غيرها والتجوز بدون الحق
ممكن كما في هذه المسألة او قطع مفاصل الاصبع مثل الثاني **قوله** ولانه
حق للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا **قلت** جاز ان يكون حق يجري
فيه الاسقاط بلا عوض ولا يصح الاعتياض عنه كحق الشفعة فالاولى ان يقال حق ثابت في
المحل فلا يرد حق الشفعة لانه حق التملك ولا حق له في المحل قبل التملك
بخلاف القصاص بانه حق في المحل لان من عليه القصاص يصير كالمملوك لمن له
القصاص على ما مر في الصلح **قوله** واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة
وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وهذا اللفظ كما ترى يدل على انه
ليس للزوجين حق القصاص والدية جميعا عندهما ولكن ما ذكر في المبسوط يدل
على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية لا غير اما في حق القصاص ففيه
خلاف ابن ابي ليلى ره في الزوجين لانه قال في المبسوط ولكل وارث في دم العمد

يجيب يجوز فيه عفوه وصلحه اما الدية اذا وجبت بالقتل فلكل وارث نصيب
عندنا وقال مالك رحمه الله لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا ثم قال بعد هذا في المبسوط
وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى
لا يثبت حقهما في القصاص كذا في الشرح **قلت** ادرك ان قوله خلافا لمالك والشافعي
متصل بقوله وكذا الدية لا بقوله ان القصاص حق جميع الورثة اي وكذا القصاص للدية
خلافا لمالك والشافعي فان عندهما لا يرث الزوج والزوجة شيئا من الدية فلا مخالفة
وثانيها ان المذكور في المبسوط لا يدل على عدم خلاف مالك في القصاص لانه ليس في
المبسوط ما يدل على عدم خلاف مالك في القصاص سوى انه لم يذكر خلافه فيه بل ذكر
خلاف ابن ابي ليلى وعدم ذكر الشيء لا يدل على انعدامه **قوله** ولانه حق تجري
فيه الارث ان كان الضمير المنصوب في لانه للقصاص كما هو الظاهر من سياق الكلام وسياقه
لم يستقم قوله حق تجري فيه الارث لما عرف ان القصاص يثبت للوارث بطريق الخلافة
دون الوراثة حتى لا ينتصب احد الورثة فيه خصما عن الباقين وان كان للدية
كما ذكر في الحاشية الحلبية لم يترتب عليه قوله حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما
عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن وكذا اباه قوله واذا ثبت للجميع فكل منهم
يتمكن من الاستيفاء والاسقاط صلحا وعفوا الخ يعرف بادنى تامل الا ان يقال يمكن ان يكون
الضمير للقصاص ويراد بقوله حق تجري فيه الارث انه حق يثبت للوارث والقصاص
ان لم يثبت بطريق الوراثة عند ابي حنيفة فهو يثبت للوارث البتة وان جعل
الضمير للدية كما في الحاشية فوجه قوله حتى ان من قتل الخ ان القصاص لما كان فما
يثبت للورثة لدم متى يرث الدية لم ايضا لانما يثبت خلفا عن القصاص فيثبت لكل
من يثبت القصاص له والقصاص يثبت للوارث فلذا الدية والله اعلم **قوله**
كان القصاص بين الصلبي وابن الابن **قلت** ذكر الشارح في باب خيار الشرط انه اذا
مات ولي القصاص لا ينتقل حق القصاص الى وارثه بل يثبت له ابتداء لتنفي المدر
وان التشفي امر لا يشمل الكل لا ان المورث لتقدمه على الوارث كان لا استيفاء له فاذا
مات نقل ذهب التقليم فخلفه من هو اقرب اليه بعلة فكانت ثابتة للخلفية قبل موت
المورث فعلى كلامه ويرتجح ان القصاص فيما اذا كان للمقتول ابنان فمات احدهما
عن ابن للصلبي دون ابن الابن لتقدم الصلبي عليه **قوله** فان حضر واحد فقتله
لا يسقط حق الباقين **فان قلت** لما قتله الحاضر فقد استوفى بنفسه حقا مستحقا عليه

فصار

فصارت النفس سالمة معنى فيجب ان يضمن للباقين المال كما اذا قطع يد غيره فاستوفى
بيده حقا مستحقا عليه من قصاص او سرقة حيث يضمن الدية للمقطوع يده لانه استوفى بيده
حقا مستحقا عليه كما مر **قوله** في خبر القدرة **فان قلت** النادر اذا كان
متناول النص يجب اعتباره كما عرف في الحيض الذي لا الحد كما سيجيء في المصرفات سهم
وان كان مثل هذه الحالة في المصرفات نادرا لدخوله تحت قوله تعالى فان لم تجدوا ماء فتيمموا
وهذا النادر ايضا داخل تحت النص وهو قوله تعالى والجروح قصاص اجيب
بالمنع فان القصاص في الجروح مشروط بشرط المساواة كما سيجيء عنه قوله قصاص اذ مبالغة
المساواة ولا مساواة هنا لما مر في التعليل لاول **قوله** كالغريمين **قلت** نعم كالغريمين
ولكن كالغريمين الذين تعلق حق احدهما في الصحة وتعلق حق الآخر في المرض
وهناك يقدم غريم الصحة في استيفاء حقه وكذا هنا وليس مانحن فيه كالغريمين تعلق
حقهما معا اذا كان القطع على التعاقب **وجوابه** بانك **قوله** والقصاص ملك
الفعل لي ملك الفعل ثبت مع المنافي لان من عليه القصاص حر كذا في الشرح
قلت الحرية لا ينافي ملك الفعل وانما ينافي ملك المحل والاولى ان يقرر المنافاة
بان المقتول ميت باجله فصار كانه مات حتف انفه وان النبي عليه السلام قال الآدمي
بنيان الرب ملعون من هدمه وكان الشارح اراد بقوله والقصاص ملك الفعل الخ
ملك المحل في حق الفعل كما صرح به المصنف في كتاب الصلح فلذا قرر المنافاة بما في
واما المحل فخلو عنه اي عن الملك يعني ان القصاص ملك الفعل والاطلاق
في الفعل لا يقتضي حقا في المحل كما في الاصطياد فان الفعل مملوك والمحل خلو عن
الملك ولهذا لا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص كذا في الشارح
وقد يتوهم ان ما ذكره المصنف هنا من ان المحل خلو عنه يخالف ما ذكر في الصلح حيث قال
اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه ثم لدفع المذكور في الصلح
يشكل بثبوت حق القصاص لكل واحد من الرجلين فيما نحن فيه لان الملك لو ظهر
في المحل الواحد استحال ان يظهر في المحل للآخر الا ان يقال بان ما صار مملوكا على
الاطلاق بل في حق الفعل الذي يقيمه فقط كما يشعر به قوله في حق الفعل وظهور
الملك في حق الفعل لا ينفي ظهوره في حق فعل آخر والوجه المذكور هنا يشكل الفرق
بين حق القصاص وحق الشفعة في جواز الصلح وعدمه لان القصاص اذا كان ملك
الفعل فقط كان كحق الشفعة فينبغي ان لا يجوز الصلح عنه كما لا يجوز عن حق الشفعة

اجيب بان جعل البعض سالما للنفس عن... لانه سلامة الشيء لنفسه وانه محال بخلاف الطرف فانه شيء سوى النفس فامكن ان يجعل سالما للنفس اذا اوفى به حقا عليه وبالجملة انه يمتنع يقتل القاتل الا شيء وعليه الجرح ويقطع يد القاطع شيء وعليه الحق لكنه يتعذر استيفاؤه عين الحق فيضاف الى الخلف ص

المحل

الملك

او يجوز عن حق الشفعة ايضا كما يجوز عن حق القصاص وقد يعترض بان ما ذكره
مشايخنا ان القصاص ملك الفعل والمحل خلو عنه فقيمة نوع تسامح بنا على ان ملك
الفعل في المحل لما لم يكن ظاهرا في حق غير المستوفي ومن نعلق النفس صار
كان القصاص من ملك الفعل دون المحل والمحل كانه خلو عنه **فصل**
وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ منه فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه
وان شاء قال اقتلوه. قال شمس الائمة رحمه الله اشار ههنا الى ان الخيار للامام يعني
اجمالا. قال وليس كذلك بل الخيار الى الولي لان القصاص حقه وانما الخيار
للامام في قتل قطاع الطريق اذا قتلوا واخذوا المال كذا في الشرح وفي النهاية ان
الولي بالخيار بين القتل والقطع ثم القتل الا ان للامام ان يقطع هذا الاختيار ويامره
بالقتل وترك الاشتغال بمراعاة الصورة فانه مجتهد فيه فكان له ان يجتهد واذا امره
بذلك لزم الولي الاتباع واذا قال له اقطعه ثم اقتله كان الولي بالخيار فكان معنى
قوله اتباعا الامام قال اقطعه ثم اقتله وان شاء قال اقتله ان الامام مخير بين ان يقطع
على الولي بان يامره بالقتل وبين ان لا يقطع عليه بان يامره بالقطع والقتل فاذا امره
بذلك كان مخيرا لتنظر **وفيه نظر** لان خيار الامام بين ان يامره بالقتل او بالقطع ثم
القتل لا يختص بمذهب ابي حنيفة رحمه الله لان هذا الخيار انما يثبت له باعتبار انه مجتهد فيه
فيتعين انهما شاء وفي المجتهد ان للامام الخيار بالاتفاق فلا وجه لتخصيصه بمذهب ابي
حنيفة رض وقد خصه بمذهبه حيث قال وهذا عند ابي حنيفة رض وقالا يقتل
يقتل ولا يقطع الكلهم الا اذا جعل قوله وهذا اشارة الى جواز القطع والقتل لا الى
خيار الامام **قوله** ولنا ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين اذ
الظرف سلك مسلك لا مرام لاختلاف النفس فصار كانه اهلك ماله والمتلف نفسا لاجماع
بين اهلاك المال واتلاف النفس بالاجماع فكذا هذا وقيل الاختلاف ايضا بان احدهما
قطع وهو ابانة عن الجملة والثاني قتل وهو ازهاق الروح **قوله** لان الموجب
القود الخ بدل من قوله للاختلاف بين الفعلين لانه دليل على الاختلاف يعرف
بالتامل **قوله** وهو متعذر لان المساواة بتقدير الجمع متعذرة **قوله** فصار كتخلل
البرء **فان قلت** لو كان كذلك لا يكون للامام خيار بل يامر بالقطع والقتل
كما اذا تخلل البرء **قلت** العلة مختلف فيها والقاضي يحكم بما ادى اليه رايه **فان**
قلت فاظهر بهذا التعليل ان حق الولي في القطع ثم يرجح تخيره بين ان يقتل

والقتل

وان يقطع ثم يقتل **قلت** وجهه انه لما كان حقه في القطع والقتل جميعا كان له
ان يجوز بدون حقه فيقتل وان يستوفي حقه كلا فيقطع ويقتل **فان قلت**
يشكل هذا التعليل بما اذا قطع يده خطاء ثم قتله خطاء قبل ان يبرأ منه فان هناك يجمع
بين الفعلين حتى يجب عليه دية واحدة فلو كان الحز كتخلل البرء لكونه قاطعا
للسراية لكان ينبغي ان يوخذ بالامرين هناك ايضا كما اذا تخلل البرء فاعتبار الحز
كتخلل البرء فيما اذا تجانس الفعلان اي عمدا دون ما اذا تجانسا خطاء مما لا وجه له **قلت**
بل له وجه وهو الذي اشار اليه المصنف رحمه الله فيما بعد بقوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام
اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة
وهي حالة حز الرقبة يعني ان دية اليد لو وجبت لا تجب الا عند الحز لانه وقت
استحكام اثر الفعل ولا سبيل اليه لان بالحز يجب ضمان الكل فلو وجبت دية اليد
في هذه الحالة لكان الوجوب في حق دية اليد مكررا وانه غير مشروع اما القطع والقتل
قصاصا فيجتمعان وهذا لان الحد مبني على التغليظ ولهذا يقطع العشرة بالواحد وفي
مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ ايضا فيجوز اعتبار ذلك بخلاف الخطاء فانه مبني
على التخفيف الا يرى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين ثم في العمد المقصود من الانتقام
وفي التمكين من القطع والقطع ثم القتل زيادة تحقيق في هذا المقصود وكما ان القتل بعد
القطع يكون اتماما للفعل الاول من وجه فقد يكون قطعا لموجب الفعل بمنزلة البرء حيث
ان المحل يفوت به ولا يتصور للسراية بعد فواته فلذا احتمل اثبتنا الخيار للولي تغليظا
لحكم العمد ولا يعتبر ذلك في الخطاء لانه مبني على التخفيف كذا في الشرح نقلا عن المبسوط
وبهذا ظهر الفرق بين العمد والخطاء بوجهين احدهما ما مر المشار اليه في
الكتاب ان الحز وان كان بمنزلة تخلل البرء الموجب لاعتبار كلا للفعلين ولكن
اعتباره في الخطاء يؤدي الى تكرار ضمان اليد باعتبار وجوب ضمان الكل والجزء في
حالة واحدة وهو غير مشروع وثانيهما ما مر المشار اليه في المبسوط ان القتل كما هو
قاطع للسراية من وجه كذلك هو متمم للفعل الاول من وجه فاعتبر في العمد جهة كونه
قاطعا لان مبناه على التغليظ وفي الخطاء جهة كونه متمما للاول لان مبناه على التخفيف
ويشكل على الوجه الاول انه لا ارش وان **كان** انما يجب عند استحكام اثر الفعل بالحز
فلا يخفى ان وجوبه يستند الى وقت القطع ويظهر عند الحز انه كان واجبا في ذلك
الوقت وهذا لان القطع مبتدا بين ان يسري فيجب دية النفس وان لا يسري

فيجب دية اليد فلما انقطع السراية بالحز ظهر انه كان موجبا لارش اليد من وقت
وجوده اذ الدية بمنزلة وجوبهما الى وقت الجرح فلا يجتمع ضمان الحز والكل في حالة
واحدة وان ضمان الكل يقتصر ثبوته على زمان الحز وضمان اليد يظهر مستندًا
الى وقت القطع فلا اجتماع وايضا قد ذكر في المعاقل تعليلا لوجوب الدية على
العاقلة في ثلث سنين من وقت القضاء ان الواجب الاصلي في الخطاء هو المثل لان
ضمان المتلفات بالمثل الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفائه بالمثل
لما فيه من معنى العقوبة والخاطي معذور فيتحول الحق بقضائه الى المال فيعتبر ابتداؤه
من وقت القضاء كما في ولد المغرور فيعتبر منه ثلث سنين من وقت القضاء فاذا كان
كذلك يشكل على الوجه الاول ما اذا قطع يده خطاء فبرأ ثم قتله خطاء ثم رفع الامر الى
القاضي فحكم بدية اليد والنفس فان هناك يجب دية الكل والحز مع ان وجوبهما
في حالة واحدة وهي حالة القضاء وايضا الوجوب انما يتكرر في حق دية اليد على اعتبار
الفعلين جميعا ان لو كانت لليد حصة من دية النفس وقد تقرر ان الاطراف
بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا يقابلها شيء من العوض والجواب اما عن الاول فلان
الثابت بالاستناد متقرر من وجه فلا انفك من شبهة الاجتماع واجتماع ضمان الكل والحز
في حالة واحدة غير مشروع فيلحق شبهته به واما عن الثاني فلانه ليس المراد بالتحول
من المثل الى المال ان الدية لا تجب الا بالقضاء ولا شك انه في بعض المسائل بل اراد به
التقرر اي انما يتقرر حقه في المال وينقطع عن المثل بالقضاء اما نفس الوجوب
فثابت قبل القضاء فلا يجتمع ضمان الكل والحز في حالة بل ضمان الحز يجب عند البرء
قبل القتل وضمان الكل يجب بعده بالقتل **فان قلت** اذا كان تقررهما في
حالة القضاء لزم شبهة الاجتماع **واجيب** بان الضمان لو كان واجبا بالقضاء لكان
فيه شبهة الاجتماع لا حقيقة من حيث ان ضمان القطع مستند الى وقته فاذا كان
اصل الوجوب عند البرء قبل القضاء وكان تقرره بالقضاء بموجب القطع والقتل
كان فيه شبهة الشبهة وهو غير معتبر واما عن الثالث فلما عرف ان الاوصاف مضمونة
بضمان الفعل ان كانت لا تضمن بضمان العقد لان الفعل يحل الذات بجميع اجزائه
وضمان الفعل ضمان فعل فيقابل بالذات والاوصاف جميعا كضمان الغصب ثم قد يشكل
على ما ذكر من ان الحز بمنزلة تخلل البرء ما اذا قطع ولي المقتول يد القاتل ثم حز رقبته
قبل البرء فان القاطع لا يضمن اليد بخلاف ما اذا حز رقبته بعد البرء فان القاطع يضمن

دية اليد في الصحيح من مذهب ابي حنيفة رحمه الله فلو كان الحز كتخلل البرء لكان الجواب
في الفصلين واحدا في الصحيح وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى **قوله** ومن قطع
يد رجل فعفى المقطوع يده عن القطع الى آخره وحاصله ان العفو عن القطع هل
يكون عفوا عن السراية فعنده لا وعندهما نعم ويرد عليه ما اذا قطع يد رجل فصالح القاطع
المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية فلما كان
الصلح عن القطع صلحا عن الجناية فينبغي ان يكون العفو عنه ايضا عفوا عن الجناية وجوابه
سيأتيك في الكتاب في باب جناية المملوك **قوله** لان صورة العفو اورثت
شبهة وهي دارئة للقود **فان قلت** اذا قطع يد رجل فصولح عن القطع على
عبد ثم مات من القطع يرد العبد الى مولاه ويقال للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه فالصلح
عن القطع لا يورث شبهة في سقوط القصاص اذا سرى فيجب ان يكون العفو
كذلك **قلت** وجه الفرق سيأتيك في باب جناية المملوك وهو ان العفو عن
اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فصح العفو ظاهرا فبعد
ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما الصلح
فلا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمنع
العقوبة هذا لفظ الكتاب ولكنه ينتقض بما اذا قطعت امرأة يد رجل عمدا فتزوجها
على اليد ثم مات من ذلك حيث تجب الدية عليها ويسقط القصاص وان التزوج
على اليد يتضمن العفو عن القصاص في الطرف وهو مورث شبهة العفو عن القصاص
في النفس فيسقط الى هذا اشار المصنف رحمه الله فيما بعد فاعتبار التزوج مسقط الجناية
والصلح مقرر لها مع ان الكل عن العمد معتبر بالنكاح على ما مر في كتاب الصلح حتى
لا يعرف له جهة حسن وان ابطال القصاص لما كان متضمنا للعفو مع كونه باطلا
لعدم كون القصاص مالا فلان يتضمن الصلح عن العفو وهو صحيح ظاهرا اولى
والجواب ان العفو في الصلح يثبت ضمنا لا صورة وبعدما بطل الصلح يبطل ما في
ضمنه فلا يبقى العفو لا صورة لان صورته لم تكن متحققة ولا معنى لبطلان ما ثبت
معناه في ضمنه بخلاف ما اذا وجد العفو صورة ومعنى حيث يبقى صورته بعد
بطلانه معنى وبخلاف النكاح على اليد لان العفو فيه يثبت في ضمن النكاح وذا
لا يبطل بالسراية فلا يبطل ما في ضمنه ايضا فلا انفك من شبهة العفو والله اعلم
قوله صورة العفو تورث اشتباها لان العفو عن القطع عفو عن القطع واستدلالا عليه

اليد

ود ليلهما ان لم يقف معمورا بناء على الدليل الذي قاله ابو حنيفة رحمه الله لكن صورة
العفو ينفي بما قاله وانما تورث الشبهة هكذا قيل **قلت** الشبهة الكائنة بدليل
الخصم وكون المسألة مجتهدا فيها لا يوجب سقوط القصاص الا يرى ان القصاص
يجب بالقتل بالمثقل عندهما مع ان ابا حنيفة لا يقول به وقد قيل به يورث الشبهة
وقتل المسلم بالذمي يجب عندنا مع ان الشافعي لا يقول به وذلك لان الشبهة في
المجتهدات شبهة في الدليل الموجب لشرعية القصاص والشبهة فيه لا ينافي اثبات
الشرعية به اذ القطعية في الدليل المثبت لشرعيته ليس بشرط حتى يصح اثباتها
بالاخبار والاخبار والاية المأولة بل الشبهة الدارئة لها هي الشبهة في الحجة المثبتة للقصاص
لولي المقتول كالشهادة على الشهادة او شهادة النساء او نحوها **قوله** لان الموجب
القود ولم يتعلق به حق الورثة اي قبل الموت وذلك ان قبل الموت يثبت
بالنص بخلاف القياس ولم يثبت ذلك الا في المال والقصاص يثبت حق الورثة
قبل انما يثبت حقهم بعد الموت خلافة او وراثة على اختلاف فيه **قوله** ثم القطع
اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف **فان قلت** القصاص
لا يجري بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف
قلت الموجب الاصلي في العمد القصاص لاطلاق قوله والجروح قصاص الا
انه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة فكان
القصاص ثابتا في الاصل كذا في الشرح **وفيه نظر** اما اولا فلما سيأتيك في المعاقل
ان الواجب في الخطاء ايضا هو المثل الا انه اذا رفع الى القاضي تعذر استيفاء
النفس بعذر الخطاء فيتحول الحق من النفس الى المال فعلى هذا كان التزوج
على القصاص في صورة الخطاء ايضا فلا يكون لتخصيص العمد به وجه وكان
ينبغي ان يجب مهر المثل فيما اذا تزوج على جناية الخطاء ايضا لانه تزوج على
القصاص من حيث ان الواجب الاصلي في الخطاء هو المثل وامتناع استيفائه
بعذر الخطاء كما ان الواجب الاصلي في اطراف الرجل والمرأة هو استيفاء
المثل وامتناع ذلك بعارض التفاوت واما ثانيا فلان التزوج على اليد لو كان
تزوجا على القصاص لكان ينبغي ان يجب مهر المثل فيما اذا تزوج من اليد ولم
يمت من ذلك لانه تزوج على القصاص في الطرف اذ هو الواجب في الاصل والقصاص
ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل والمسألة بخلافه لاجماعهم على ان مهرها

في

في هذه الصورة هو ارش اليد لا غير والجواب ان الواجب الاصلي في الخطاء لما كان
هو المثل باعتبار انه الاصل في ضمان العدوان ولكن لما لم يجب المثل فيه الا لوجوب
الخلف وهو الدية واكتفى فيه بالدية صارت الدية كانها الواجب الاصلي والمثل
كالحقيقة المهجورة فلا يصار اليه مع امكان اعتبار الدية كما لا يصار الى الحقيقة المهجورة
مع امكان المجاز فيكون التزوج على جناية الخطاء تزوجا على الدية دون القصاص
وانما اعتبر المثل في وجوب الدية على العاقلة من وقت القضاء زيادة للتخفيف المطلق
في وجوب الدية عليهم فاما في اطراف الرجل والمرأة فالدية وان صارت كالواجب
الاصلي كما في الخطاء لكن باعتبار ان الجناية عمد والعمد يوجب القصاص في الجملة
ما صار القصاص هدرا كما اهدر في الخطاء فقلنا باعتبار الدية فيما يمكن اعتبارها
كما اذا لم يمت منها ترجيحا لها على القصاص لانها واجبة في محل الجناية والقصاص
واجب باعتبار انه عمد وانه يجب في الجملة فكان اعتبار الدية الواجبة باعتبار
هذا المحل راجحا على اعتبار القصاص الواجب في الجملة اما اذا لم يمكن اعتبارها فيه
اليد بان مات منه فيظهر ان دية اليد لم تكن واجبة فاعتبر الواجب الاصلي وهو
القصاص الواجب في العمد في سائر المواضع لخلوه عن مزاحمة ما هو واجب باعتبار
محل الجناية وهو الدية **قوله** فلا يصلح مهرا **فان قلت** القصاص متقوم
في حق من عليه ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يصح من جميع المال فيصلح
مهرا كالمنافع فانها غير متقومة في ذاتها ولكنها تتقوم عند ورود العقد عليها صلحت
مهرا **قلت** القصاص ليس بمتقوم في حق من له والمهر لا بد وان يتقوم في حق
الرجل قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم بخلاف المنافع فانها تصير متقومة عند ورود
العقد عليها على الاطلاق **فان قلت** الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة
هو الارش وارش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فيكون تزوجا على ذلك **قلت**
لا نسلم ذلك لانه يجوز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل كذا
في الشاهان **وفيه نظر** اما اولا فلان القصاص لو لم يكن متقوما في حق من له لما
جاز الصلح عن القود على العوض لان بدل الصلح لا بد ان يكون متقوما صرح بذلك الشارح
في كتاب الصلح والمسألة بخلافه فانه لو صالحه عن الدم على ان عفى الاخر عن القصاص
له قبل رجل اخر جاز ثم ان يقال ان التقوم في حق من عليه يكفي لكونه بدلا للصلح
والتقوم المطلق غير مشروط لذلك **فان قلت** الذمي لو صالح مع المسلم على خمر

وخنزير لم يجز مع انهما متقومان في حق الذمي اجيب بانه انما لا يجب صلح الذمي
مع المسلم بالخمر والخنزير لان الحاجة هناك الى التسليم والمسلم ممنوع عن تسليمهما
اما الصلح عن القود على القود فذلك اسقاط لا يحتاج فيه الى التسليم فيصح باعتبار
كونه متقوما في حق من عليه واما ثانيا فلما عرف انها لو تزوجت على اليد ولم يمت
من ذلك كان مهرها ارش اليد لا غير بالاجماع وكذا لو تزوجت على اليد واما الحدث
منهما او على الجناية ثم مات من ذلك وقد (?) القطع خطأ كان مهرها من الدية لا غير فلو كانت
الجهالة التي ذكرها مانع (?) ان الارش يحتمل لم يكن دراهم او دنانير معتبرة لوجب مهر المثل
في هذه الوجوه كلها لجهالة التسمية والمسألة بخلافه **قوله** وعليه الدية يمنع المقاصاة
ان كانا على السواء وقيل بذلك بان المقاصاة انما تقع بين الدينين اذا تجانسا حالا
ومؤجلا وههنا قد اختلفا فالمهر يجب حالا والدية يؤخذ في ثلث سنين لما يبلك (?)
لم يكل عمد سقط القصاص فيه فالدية في مال القاتل يجب في ثلث سنين.
وعن هذا قيل ان قوله يمنع المقاصاة معناه اذا حلت الدية لا في الحال لتاجيل الدية
وحلول مهر المثل **قوله** ولا تتقاصا لان الدية تجب على العاقلة في
الخطا والمهر لها واختلاف من له ومن عليه يمنع المقاصاة وبهذا ظهر ان الدية تجب
على العاقلة ابتداء وقال بعضهم تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة بطريق
الحوالة وعلى هذا ينبغي ان لا تتقاصا ايضا لان العاقلة يتحملون عنه الدية
بطريق الحوالة وانها توجب براءة الاصل ولا تقاصي مع براءة ذمته عن الدية
قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها الى اخره الجناية ان
كانت خطأ صحت التسمية لانه سمى المال وهو الدية غير ان التسمية تصح لا زائد (?)
في قدر مهر المثل لكون النكاح من الحوائج الاصلية للمريض ويرفع ذلك القدر عن
العاقلة لانه يسقط عنهم وان استحقت المرأة بالنكاح لانها ملكت بالنكاح عين الدية
وان النكاح اذا اضيف الى دين تعلق بعين الدين لا بمثله دينا في الذمة
كالصلح المضاف الى دين فصار عين الدين للقاتلة بسبب النكاح ملكا ومطالبة
تسقط عن العاقلة لانه لا يتحمل العاقلة الدية لها وهم يتحملون الدية عن الجاني لغيره
فلا يتحملون للجاني كذا في الشاهان (?) **وفيه بحث** اما اولا فلان اضافة النكاح
الى الدية الواجبة على العاقلة اذا كانت توجب تعلق الدين بانها بعينها لا
بمثلها دينا في الذمة يلزم تمليك الدين من غير من عليه وهو باطل واما ثانيا

فلما

فلما ذكر في الذخيرة في الفصل الرابع عشر من النكاح ان النكاح اذا اضيف
الى دراهم عين لا يتعلق بعينها وانما يتعلق بمثلها دينا في الذمة واذا اضيف الى
دراهم دين في ذمة المرأة يتعلق بعينها ولا يتعلق بمثلها دينا في الذمة واما
اذا كان على غير المرأة فالنكاح لا يتعلق بعين ذلك وانما يتعلق بمثله بيان
الاول لو حلف (?) على امرأة الف درهم فتزوجها احدهما على ... لا يكون للتأكيد ان
يتبع الزوج بانتين (?) وخمسين وبيان الثاني تزوج امرأة على ارش له على عاقلتها
وامرها بقبض ذلك فالمرأة بالخيار ان تبعت الزوج او العاقلة ولو تعلق النكاح بالدين
المضاف اليه لم يكن لها اتباع الزوج وذلك ان الدين اذا كان على غيرها لو تعلق
العقد بعينها ادى الى تمليك الدين من غير من عليه وهذا لا يتاتى فيما اذا كان
الدين عليها هذا كلامه والنكاح على الخطأ نكاح على دين هو على غيرها فيجب ان
لا يتعين الدين هنا واما ثالثا فلان اختلاف الاسباب كاختلاف الاعيان في الشرع
ولا يخفى ان العاقلة يتحملون عنها بسبب الجناية وهي يملكها بالنكاح فكانها ملكت
شيئا آخر فكان ينبغي ان لا يسقط عن العاقلة **والجواب** عن الاول والثاني
ان الاصل في وجوب الدية هي القاتلة اذ العاقلة يتحملون نيابة عنها فكانت
الدية واجبة عليها حكما فلا يلزم في اضافة النكاح الى الدية تمليكها من غير من عليه
ولا يكون ذلك اضافة الى دين على غيرها بل يكون في الحكم اضافة الى دين
عليها وما ذكر في الذخيرة ان التزوج على ارش له على عاقلتها من قبيل التزوج
على دين على غيرها فلا ينافي ما ذكرنا اذ الكلام في التزوج على ارش له على
عاقلة المرأة الذين يتحملوا الارش عنها ولفظ الذخيرة يمكن حمله على ما اذا كان
الارش الذي تزوجها عليه على عاقلتها المتحمل لذلك الارش عن غيرها لا ليد (?)
وان تحمل عليه لما ذكره في المتن من في التزوج على ارش وجب على عاقلة
المرأة لجنايتها لا يصح رجوعها على العاقلة لانهم يتحملون عنها في الحال لم يتحملون
لها وبهذا نخرج الجواب عن الثالث لان المرأة اذا كانت هي الاصل في وجوب
الدية صار كانه تزوجها بدين عليها ولو تزوجها بدين عليها سقط الدين عنها
ولم يكن لها الرجوع على احد كذا هنا وهذا من المرأة بمنزلة لانهم يتحملون عنها من الحال
ان يرجع عليهم بموجب جنايتها اي العاقلة لما كانوا يتحملون الدية عنها كان
رجوعها عليهم بتمليكها بالنكاح كرجوعها على نفسها وهو محال هذا ولكن الارش لو

اعتبر واجبا عليها لزم ان يكون الوصية بالزيادة على مهر المثل من الارث للمراة
وهي قاتلة والوصية للقاتل باطل وقد اعتبر المصنف له الزيادة على المثل
وصية للعاقلة حيث قال وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم
ليسوا بقتلة وبالجملة انه ان اعتبر الحكم لزم ان يكون الوصية بالزيادة على مهر المثل
للقاتلة وان لا ارث في الحكم عليها وان اعتبرت الحقيقة لزم ان لا يتعين الدية
الواجبة على العاقلة مهرا باضافة النكاح اليها ولا يملك المراة اياها الا بالزيادة
بعقد الوصية واجيب بما امكن وقد امكن هنا بان يعتبر الدية على العاقلة لا عليها
وكانت من اهل الوصية **قوله** ليسوا بقتلة حقيقة وان كانوا قتلة تقديرا
بحكم التناصر على ما يجي بيانه وحرمان الوصية جزاء القتل مباشرة لا تسببا حتى
لا يحرم عنها حافر البير وواضع الحجر **قوله** وهي تصلح مهرا وقد يناقش بان
الدية انواع ثلثة الدراهم والدنانير والابل وانما يتعين بالقضاء فقبله كانت
مجهولة وايضا القطع يحتمل الاقتصار والسراية فان اقتصر كان هذا تزوجا على
دية اليد وان سرى كان تزوجا على دية النفس فكان كانه تزوج عليه مجهولا
والجهالة تفسد التسمية وتوجب الى مهر المثل **وجوابه** ان جهالة المسمى
انما تبطل التسمية وتوجب المصير الى مهر المثل اذا لم يكن مالها الى العلم اما اذا
كان مالها الى العلم فالتسمية صحيحة ولهذا لو تزوجها على ما في بيته صح حيث
يرتفع جهالته في اخر الامر والدية ايضا يعلم قدرها وجنسها في اخر الامر وقيل
هذه الجهالة لا تعتبر مفسدة للتسمية كما في النكاح على ما في اليد لان مبناه على المساهلة
بخلاف البيع **قوله** وان كانت تخرج من الثلث في الصحيح هذا الجواب صحيح
على قول من لا يجعل القاتلة احد العواقل **وقيل** يجب ان لا يصح لانه لا بد وان
يبطل الوصية في قدر حصتها اذ لا وصية للقاتل والصحيح ان يصح الكل لغيرها كما
اذا اوصى بثلث ماله لحي وميت يصح الوصية بكل الثلث للحي وكان اسقاط
كل الدية لازما وان ابطل الوصية في حصتها فلا معنى للابطال فصححنا هنا في
البناء فنزل للمساهلة كذا في الحاشية **وفيه نظر** اما اولا فلان هذه الوصية
ليست كالوصية لزيد وعمرو فاذا عمرو ميت حتى يكون كل الوصية لمن جازت
الوصية له وهم العاقلة دون من بطلت الوصية له وهي القاتلة كما يكون كل المال
لزيد في هذه المسئلة باعتبار انه لما قال اوصيت لزيد صحت الوصية لزيد الكل

حتى لو انتقص عليه استحق الكل لا ان العطف يورث المزاحمة فيتغير من الكل
الى النصف ولكن ذلك اذا كان المعطوف مزاحما والميت لا يصلح له فصار وجوده
كعدمه كانه قال وصيت لزيد وسكت بل هي كما لو اوصى وقال المال بين زيد
وعمرو فاذا عمرو ميت حيث لا يكون لزيد الا النصف وكما لو اوصى لموالي فلان فاذا له
مولى واحد حيث يستحق النصف دون الكل لانه لما اوصى لاثنين معا بالكل
فقد اوصى لكل واحد بالنصف فلا يستحق الموجود الا ما اوصى له وههنا اوصى
بالزيادة على مهر المثل للقاتلة والعاقلة معا فيجب ان يبطل في حصة القاتلة ولا يصح
للعاقلة في حصتهم واما ثانيا فلان تمليك الدين لغير من عليه باطل فلو كانت
الزيادة كلها للعاقلة لزم تمليك ما على القاتلة للعاقلة وانه باطل واما ثالثا فلان الوصية
للقاتل ليست بباطل بل هي موقوفة على اجازة الورثة فلا يكون كالوصية للميت
وفي الحاشية الاخرى **فان قيل** القاتلة واحدة من العاقلة وقد جوزتم الوصية
بجميع الثلث قلنا ان المجروح لم يقل اوصيت بثلث الدية وانما عفى عنه للحال بعد
سبب الوجوب فكان تبرعا منجزا وذلك جائز للقاتل الا ترى انه لو وهب شيئا
وسلم جاز انما لا يجوز الوصية من جهته هذا كلامه **قلت** الهبة المنجزة من المريض
في حكم الوصية لما سيأتيك انه اذا وهب المريض لامراة ثم تزوجها ثم مات بطلت
الهبة وعلله المصنف رحمه الله في كتاب الوصية بان الهبة وان كانت منجزة
صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انه
يبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث وانه اشارة الى ان هبة
المريض كالوصية وانه يبطل في حق من يبطل الوصية له وانها للقاتل باطلة فكذا
الهبة وبرائتا ولفظ الكتاب هنا من قوله وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لما انهم ليسوا بقتلة يشير الى انهم لو كانوا قتلة لم يصح هذه الوصية فلو كان القاتل في
صحة الابراء كغيره لم يكن بينا جواز هذه الوصية التي هي ابراء عن الدية على كونهم
ليسوا بقتلة معنى **قوله** فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم وقد يشكل بان الابراء
بدون العلم صحيح الا ترى ان البائع لو شرط البراءة عن كل عيب صح ويدخل
في البراءة ما علم البائع او لم يعلم وما وقف عليه المشتري وما لم يقف وكذا العفو عن الدية
يجوز مع انه لا يعلم انه هلك بسرايته ام لا فلو كان العلم شرطا لصحة البراءة لما جاز وكذا
لو ابرا غريمه عن الدين ولم يعلم بانه غريمه ثم علم بذلك سقط الدين واتفاقا له

بدون العلم بتحريا نه لو كان عالما بان حقه في النفوذ لكان مبريا وليس كذلك
فان من كان له القصاص في النفس اذا استوفى طرف من عليه القود لا يكون
مبريا عن النفس مع العلم بان حقه في النفس قوله لا المستوفي حقه فلا
يضمنه ونوقض عليه بمسئلة ذكرها في الزيادات وهي انه اذا قتل انسانا خطأ
وجب عليه القصاص وقطع يد آخر ايضا حتى وجب عليه القصاص في اليد
القائم ان ولي القتيل قطع يد القاطع سقط حق المقطوع يده في اليد ولا ارش
له على الجاني ولو كان لولي القتيل حق القطع لصار القاطع قاضيا به حقا واجبا
عليه فيضمن الارش للمقطوع يده ولا يضمن وايضا لو كان قطع اليد استيفاء لحقه
لكان ينبغي ان لا يأثم من له القصاص في النفس لو قطع يده اولا ثم قتله ثانيا وجوابه
ان من له الحق في النفس فله الحق في الاطراف من وجه لا من كل وجه لانه يتحقق
معا للنفس لا مقصودا فمن حيث انه حقه لا يجب عليه الضمان لو استوفاه ومن حيث
انه ليس بحق له يجب ولا يجب الضمان بالشك وكذا ان وجوب الضمان على القاتل
لمن قطع يده في مسئلة الزيادات بين الثبوت وعدمه فلا يثبت بالشك ايضا واما
الاثم فبنا على الحرمة وانها تجامع مع الشك قوله وهذا قطع وابانة والقطع غير
القتل فان قلت لو شهدا على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا لصاحب
اليد يده وانما يضمنان ما اتلفا بشهادتهما فدل ان اليد متلفة بشهادتهم وهم ما شهدوا
الا بالقتل فلو كان القطع غيره لما ضمنا قلنا الشاهدان انما يضمنان اليد لانهما اوجبا له
قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن ضمان القطع فيضمن بايجاب البراءة عليه لاجل
علة الضمان له كما لو شهدوا على آخر بانه ابراء غريمه عن الدين ثم رجعوا ضمنوا
ومسئلة رجلان شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد القضاء ضمنا نصف المهر
كانهما اوجبا عليه وما اوجبا فالوجوب كان بالعقد بل اسقاطا النصف وجعلا كانهما
اوجبا لان هذه فرقة قبل الدخول وانها مبرئة عن المهر كله لولا يثبت من جهة
قبل الزوج وهما بالاضافة اليه منعا علة البراءة عن الكل حتى لم يثبت البراءة فصار
كانهما اوجبا بعد البراءة كذا في الشرح قوله واذا قطع ثم حز رقبته فهو استيفاء لان
القطع انعقد محتملا للسراية فحز الرقبة يكون تتميما لما انعقد له القطع فيضاف الموت
اليهما فصار فاتلا بفعلين والقتل حقه فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء ينبغي
ان يضمن كذا في الشاهان وفيه نظر لانه ناقض ما مر في الكتاب من ان الحز

ما شهدوا

قبل

قبل البرء قاطع للسراية وانه بمنزلة تخلل البرء حتى لو قطع يد رجل عمدا ثم قتله تحز
رقبته عمدا يؤخذ بالامرين جميعا عند ابي حنيفة رض فكان ينبغي ان يؤخذ ههنا بضمان
اليد كما لو تخلل البرء الا ان يقال هذا جواب لما قال ابو يوسف ومحمد رح على زعمهما
لانهما يقولان بان القتل بعد القطع متمم له وليس بقاطع للسراية فلا يكون بمنزلة تخلل
البرء عندهما فيصلح هذا جوابا لهما او يقول ان القتل بعد القطع كما يكون قاطعا للسراية
بمنزلة البرء من حيث ان المحل يفوت به ولا يتصور السراية بعد فوات المحل كذلك
يكون متمما لفعل القطع من وجه آخر على ما ذكر في المبسوط والبزدوي ولكن
اعتبرها هنا جهة كونه متمما لا جهة كونه قاطعا للسراية لان اعتبار كونه قاطعا لها غير
ممكن لما عرفت ان ضمان اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز يظهر ملك
من له القصاص في النفس مع جميع اجزائها ومن المحال ان يجب ضمان الجزء عند تملكه
فلهذه الضرورة اعتبرنا جهته قوله ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى
العادة وسواي هذا الجرح يسمى القتل كونه استيفاء ومتمما لا جهة كونه قاطعا
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فان قلت فما تقول فيما لا يصح
العفو كما اذا قتل قريب المعتوه او الصغير فانه لا يصح هناك عفو الاب والوصي
قلت ان كان لا يصح العفو فاستيفاء القصاص غير واجب على الاب لجواز ان
يصالح عن القصاص على مال فان قلت فما تقول اذا لم يرض القاتل بالصلح
على مال قلت جاز ان يرافع الامر الى قاضي شافعي فيحكم على القاتل بالدية
من غير رضاه فيأخذ منه المال ولا يقتل وبالجملة فاستيفاء القصاص غير واجب على
من له القصاص في حال ما قوله فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد قلت
نعم لكن الاطلاقات انما يتقيد بوصف السلامة اذا امكن التقييد به ولم يكن فيه حرج اما
اذا كان فلا الا يرى ان من لبس رداء فسقط في الطريق على انسان فانه لا يضمن
وقد علله في الكتاب بان الاحتراز لا يفعل حفظ ما يلبس فيتحرج بالتقييد بوصف السلامة
فلا يتقيد فلما لم يتقيد المباحات بوصف السلامة اذا كان في التقييد به حرج مع امكان
التقييد به فكيف يتقيد به اذا لم يمكن التقييد وكان فيه حرج ايضا كما في مسئلتنا لان التقييد
به ههنا غير ممكن اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه وفيه حرج ايضا لما ان المطلق
له لا يتمكن من استيفاء حقه لو تقيد بوصف السلامة وفيه حرج وجوابه ما بينك
انا الله تعالى قوله انهم شهدوا بسل مطلق والمطلق ليس بمحال الى قلت

نعم ولكن الاطلاق في الاخبار والشهادة اخبار فلا يكون القتل الذي اخبروا
لصدوره من زيد مثلا الا قتلا خاصا لا نعلم له خاصة غير معلوم فكان مجهولا بالضرورة
وبالجملة ان صدور الفعل بصفة الاطلاق متعذر اذ الفعل لا يمكن الاطلاق
فيه في الايجاب الا مكان ان يجب المطلق والشهادة اخبار بصدور الفعل او نوعه
والاطلاق فيه مشكل جدا **قوله** يجب اقل موجبيه وهو الدية **قلت**
القتل والكثير لا ينحصر الا في عند اتحاد الجنس والقصاص مع الدية نوعان متغايران
لا يمكن ان يوصف احدهما بالاقل والاخر بالاكثر بل القصاص موجب القتل بوصف
والدية موجبه بوصف اخر ولا يتفق في واحد منهما حتى يجب الاقل عند تعذر
وبالجملة ان الموجب للمصير الى الاقل ليس الا تيقنه ولا يتيقن بالدية هنا على ما لا يخفى
والجواب عنها ان الاطلاق في الاخبارات ان كان يتعذر بالنظر الى ما صدق
عليه المخبر فهو بالنظر الى المفهوم ليس بمتعذر ومفهوم القتل فيما اذا شهدا انه قتله ولا يدري
باي شيء قتله مطلق فيثبت بهذه الشهادة هذا المفهوم وانه ليس بمجمل اذ القتل بقطع النظر
عن الاله مفهوم معلوم لا مجهول فيعلم مشهودا به ثم موجبه قد يكون من القصاص وقد يكون
من الدية وقد تعذر هنا القصاص للشبهة في الالة لجواز ان يكون غير جارحة وانه
لا يجامع الشبهة فلا بد من ايجاب الدية لئلا يخلو الدم عن العوض فيهدر وانما تجامع
الشبهة فيجب وانما سماها اقل لسرعة ثبوتها وخفة حملها او لسقوطها كشبهة الاقل وذلك
ان نفس القتل المشهود به ان كان بغير الة جارحة فالواجب من الدية وكذا ان
كان بالة جارحة لان القتل اذا كان بالخارجة وتعذر القصاص تجب الدية وهنا
قد تعذر القصاص فيجب الدية فالدية واجبة هنا على تقدير كون القتل بالة خارجة
او غير جارحة وكانت كالاقل المتيقن والله اعلم **قوله** دون الوارث و
في هذا نوع مخالفة لما مر ذكره في التعليل حيث عبر احد الشركاء من قوله ولانه حق
يجري فيه الارث وقد صرح جوابه وابضاح فيما اذا قتل وله ابنان فمات احدهما عن
ان كان القصاص بين الصلبي وابن الابن ولو كان مورث القصاص بطريق الخلافة
لم يكن مشتركا بين الابن وابن الابن اذ الاقرب احق بالخلافة وجوابه ان الاختلاف
في حق من يثبت له القصاص من قبل المقتول انما هو في حق من يثبت القصاص له من قبل
ولي المقتول فلا شك انه يثبت بالطريق الوراثة حيث يثبت له ما يثبت لمورثه فكان ثبوته
له بطريق الاعسال ولا يعني بالثبوت ولا ايضا صريح هذا **قوله** فيما بعد على هذا اي

على الاختلاف المذكور انه اذا اقام الحاضر منهما البينة على القتل ثم قدم الغايب
هل يحتاج عليه ان يعيد وعندهما لا يعيد وان اقام القاتل البينة على الحاضر ان الغايب
قد عفى فالشاهد خصم كذا في الحواشي **قلت** اذا كان الاختلاف المذكور بناء على ان
حق القصاص للوارث بطريق الوراثة ام بطريق الخلافة لا يتصور الاختلاف
في مسئلة العبد لعدم تصور الوراثة بين المولى والعبد **اجيب** بان الوراثة ان كان
لا يتصور بين المولى والعبد والنيابة بان يثبت المولى عن العبد متصور فجرى الاختلاف
بناء على ان القصاص للمولى يثبت بطريق النيابة عن العبد ويثبت الحق بطريق
الانتقال منه الى المولى او بطريق الخلافة بان يثبت ابتداء عند تعذر اثباته للعبد
ورفع عنه انه يثبت حق القصاص للعبد اولا ثم ينتقل منه الى المولى قال يعيد الغايب
البينة ومن رفع عنه انه يثبت له ابتداء لا بطريق الانتقال لا يعيد **قوله** وان
كذبهما القاتل فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما المشهود عليه
ايضا وقد وقع في بعض النسخ معناه اذا كذبهما القاتل ايضا والاول وفق بقوله
وان صدقهما المشهود عليه وحده **قوله** غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه
لاقراره بذلك **فان قلت** ثم لو اقر القاتل ثلث الدية للمشهود عليه كيف المشهود
عليه قد رد اقراره حيث ادعى بعفوه **اجيب** بانه رده الى غيره وحينئذ لا يعتبر رده
بل اقرارا للغير كانه اقر له والمقر له اقر لغيره فيرد المشهود عليه ما اقر من ثلث
الدية من القاتل الى الشاهدين ~~لان من زعم المشهود عليه انه قد عفا والشي له~~
الى هنا انتهى الكافي واشار فيه فسلك الى طريق اخر لصرف هذا الثلث الى
الشاهدين حيث قال لكنه يصرف الى الشاهدين لان من زعم المشهود عليه ان
قد عفا ولا شيء له على القاتل ولهما على القاتل ثلثا الدية وما في يده من ثلث
الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما هذا كلامه ولا يخلو
عن تامل لان الثلث لما كان مال القاتل وكان لهما عليه ثلثا الدية بزعم
المشهود عليه فغايته لا حد ان يكون لهما ان ياخذا من مال القاتل ما هو من جنس حقهما
فاما ان يجب على من كان في يده ماله ان يصرفه الى من له عليه المال فلا لا يرى
انه لا يلزم لمودع المديون ان يصرف الوديعة الى الدائن اذا كان من جنس
حقه بل لا يحل ذلك والصحيح هو الذي ذكرنا من ان القاتل اقر للمشهود عليه
والمشهود اقر للشاهدين فاذا سلم القاتل كالدية الى المشهود بحكم اقراره له يجب

صح
فكان اراد المصرف اليهما لان الاستعمال
الاخذ والصرف فان لم يكن اليه مطلقا لا
سيما في الاخذ لو اراد الاخذ فكالمودع
المعترف بالدين والوديعة لو اراد الدائن ان ياخذ
حقه من وديعة المديون يعني حيث لم يكن
للمودع ان يدفع واحدها وان لم يكن له الدفع
الوديعة اليه

لم يكن

لا يكون مقيدا بوصف الخطا او وصفا
السيل بالتعدد

لدان نلميه الي الشاهدين بحكم اقراره لهما والله اعلم **قوله** وتاويله اذا شهدوا
انه ضربه بنبي خارج **فان قلت** المشهود وان شهدوا بنبي خارج ولكن الضرب
قد يكون خطا فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا **قلت** لما شهدوا انه
ضربه بالسلاح فقد شهدوا بانه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لاحتمل انهم لم يشهدوا
انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه كذا في الشرح واعترض عليه
في الحاشية بان قوله اذا كان عمدا بنافي هذا السوال والجواب **قلت** هذا
الاعتراض غير متوجه اذ ليس المراد بقوله اذا كان عمدا ان يذكر الشاهد و
صف العمدية ويقول انه ضربه بالسلاح عمدا فمات فزد لك لما سيأتيك في اخر الكتاب
ان ذكر العمد ليس بشرط حتى لو شهدوا بمطلق القتل او اقر بمطلق القتل
يجب القصاص وان لم يوجد التعمد اي ذكر التعمد بل المراد بقوله اذا كان عمدا وان
~~يجب صفة العمد بان وصفوا القتل به~~ او شهدوا بمطلق القتل فان الشهادة بمطلقه
كالتصريح بوصف العمدية بناء على ما ذكر الشارح فلا يكون قوله اذا كان عمدا منافيا لهذا
السوال والجواب **قوله** والمطلق ليس بمحتمل فيجب اثاره موجبه وهو القود
فان قلت هذا يخالف ما في اخر الكتاب من قوله ان الشهود اذا شهدوا بالقتل او
اقر بمطلق القتل يجب القصاص **قلت** المراد بالمطلق هنا هو المطلق عن ذكر الالة
والمراد بما في آخر الكتاب هو المطلق عن قيد التعمد فلا مخالفة والله اعلم **فان قلت**
فما الوجه الفارق بين الاطلاقين **قلت** كان وجهه هو ما ذكر الشارح انه اذا شهد
بالقتل فقد شهد بانه قصد قتله اذ لو كان خطا محضا لوجب ان يقول انه قصد
قتل غيره فاصابه فلما قال قتله يحمل على انه قتله عمدا حملا لامره على الصلاح اما اذا
اطلق عن الالة فلا وجه هناك على ان نحمل على الالة وان الاصل في القتل
هو العمد فيحمل عليه وهذا يتاتى في صورة الاقرار ايضا **قوله** واما لو اكذبتهم في نفي
العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصطلاح ذات البين وذلك ان النبي صلى الله عليه
وسلم رخص بالكذب في ثلث مواضع في الرجل يصلح بين اثنين وفي الرجل يكذب
لامراته وفي الكذب في الحرب وانما قال بظاهر ما ورد لانه قال شيخنا لم يرد بهذا
حقيقة الكذب لان الكذب على البتات حرام لا يحل بحال فقد ورد عن رسول الله
عليه السلام اذا كذب العبد كذبة تباعد الملك عنه ميلا من نتن ما يجئ به وبعض
الخبث في الذي يصلح بين اثنين انه اذا كان بين رجلين عداوة اسم احدهما زيد واسم

الآخر عمرو فيجيء المصلح الي زيد فيقول لك زيد ان عمرا جايز ثابتي كاذب
الاانه قد رأي والدمع في وجنتيه لذا فيجي الي عمرو ويظهر ما اتى عليه زيد ويكتم ما
ذكر من الشتم فاذا سمع عمرو ذلك لا بد وان يذكر بعض ثناء الي زيد وبعض ما فيه
ثم يجي الي زيد ويظهر ما اثنى عليه عمرو ويكتم ما ذكر من مساويه فيصلح بينهما بالجميل
وتاويل الحديث في الرجل يكذب على امراته ان المراة يطالب الرجل بالشي فيقول
لعلي اوعسى او استنفق موصولا بكلامه فاذا لم يف لها بما قال فالمراة تظن انه كذب
وهو لم يكذب لان هذه الالفاظ مخرجة عن الكذب قال عليه السلام المخرج عن
الكذب اربع انا الله تعالى او ربما او الله تعالى ولعل وعسى وتاويل الحديث في الحرب
ان يقول المسلم للكافر الذي خرج للبراز نحو ما قال علي رضي الله عنه لعمرو بن عبيد
كذا في الذخيرة في اخر كتاب الحيل ثم هنا بحث اما اولا فان تقرير حال المشهود عليه
بالقتل لا يحتاج الي ارتكاب هذا الكذب فانهم لو اقتصروا على الشهادة بالقتل ولم يقولوا لا
ندري باي شي قتله كان سترا ايضا اذ القصاص لا يثبت اذا شهدوا انه قتله ما لم يجرحه
فاذا لم يجب بذكروا الالة كان سترا واحيا لا بد ايضا فلا يحتاج الي الكذب المذكور لذلك
واما ثانيا فان الحديث اذا كان مصروفا عن ظاهره لم يفد الا اخذ بالظاهر لما عرف من
ان العامي ليس له ان ياخذ بظاهر النص صح **قوله** فقال الولي قتلتماه جميعا
فله ان يقتلهما تبعك بقوله قتلتما لانه لو قال الولي صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا
منهما لان قوله صدقتما بمنزلة قوله لكل واحد انت قتلت وحدك وقد يكذب
لكل واحد في الجميع فيكون ردا للاقرار فلا يجب على واحد منهما القصاص **قوله**
فان شهدوا على رجل انه قتله وشهد اخرون على آخر بقتله الي قوله وتكذيب
المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا وقيد بالكل لانه اذا ادعى
انه شجه وليه موضحة ومات بها فشهدا بالموضحة وبالبرء او شهد احدهما بالسراية والآخر
بالبرء يقبل على الموضحة لاتفاق الكل فيها مع ان المدعي كذب شاهدين او احدهما
نعم قد قيل ان هذا قولهما فلنا ان نمنع ذلك **باب في اعتبار حالة القتل** **قوله**
فيكون مبريا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وقد يشكل عليه
ما قاله ابو يوسف فيما اذا ارتد مسلم بعد ما قطعت يده فلم يلحق بدار الحرب او لحق
لكنه لم يقض به حتى اسلم ثم مات من القطع فانه ضمن كل الدية فلو كانت الردة
كالابراء عنه لكان ينبغي ان لا يضمن كل الدية في هذه المسئلة كما لو ابراه عن السراية

يجب

وذكر الفرق بالنظام وعلى ما ذكرنا

نقا وجوابه ان الابراء لم يوجد قصدا وانما ثبت ضمنا للزكاة من حيث انها انقطت فيمنعه
فاذا ارتفعت الردة ارتفعت البراءة الثابتة في ضمنها كما اذا كان للرجل على غيره
دين فصالح منه على عبد ثم هلك العبد قبل التسليم فانه يعود الدين وان برئ
المديون لان البراءة تثبت في ضمن الصلح فاذا بطل بطل ما في ضمنه هكذا ذكر
في الحاشية في كتاب المرتد وفيه نظر لما نقلنا في اخر كتاب الرهن ان
الصلح عن الدين لا يسقط الدين بل يقرره وفي الحاشية جعل الصلح عبارة عن الدين
فهو غير صحيح ثم الجواب ان الردة لا يقطع السراية الا بتفويت العصمة وبقاء العصمة ليس
بشرط حال بقاء الجناية بل المعتبر بقاؤها حال انعقاد السبب ومن زمان الجناية وحال
ثبوت الحكم اي وجوب الضمان ومن زمان الموت وهذا كالنصاب يشترط كماله في
اول الحول واخره وكالملك فانه يشترط عند الحلف بالطلاق وعند الحنث فالردة
الثابتة بين حالتي انعقاد السبب وثبوت الحكم غير مخلة به فلا يصير مبرئا عن الجناية
بخلاف ما اذا مات على الردة وبهذا ظهر ان ما ذكر من قوله وقالا لا شيء عليه محمول
على ما اذا مات المرمي اليه في حالة الردة اما لو مات من ذلك بعد ما اسلم فينبغي ان
يجب كل الدية عند ابي يوسف رحمه الله قوله ~~لان الضمان يجب بفعله~~ كما لو نجي ابراه
بعد الجرح قبل الموت اي كما لو ابرا المرمي اليه الرامي بعد الرمي قبل وصول السهم
ثم وصل فمات فهذا الحاق للابراء الحكمي وهو الارتداد بالحقيقي اي كما لو ابرا حقيقة
وفي الكافي ذكر مكان قوله كما اذا ابراء الخ كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات فقد قاس الارتداد
بعد الرمي على الارتداد بعد الجرح وانه يشعر بان الارتداد بعد الجرح قبل الموت يوجب
سقوط الضمان اجماعا حيث قاس الارتداد بعد الرمي عليه ولو كان على الاختلاف
لم يفد هذا القياس ولكن الفرق لا يخفى بين ما اذا ارتد بعد الرمي وما اذا ارتد
بعد الجرح مما لا يخفى قوله لان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه
بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم وقيل ذلك الفرق على اصل ابي
حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما اذا ارتد مسلم بعد ما قطعت يده عمدا فمات من ذلك مرتدا
فهناك يجب على القاطع نصف الدية عند الكل وعلله في الكافي بان قطع اليد
حصل حال تقوم اليد لكن سراية الجناية حلت محلا غير معصوم فصارت هدرا بخلاف
ما لو قطعت يد المرتد فاسلم فمات منه فانه لا يضمن ولا يعتبر حال السراية لان الجناية
حين صادفت هدرا لا يلحقه الاعتبار واما اذا اعتبرت فيحتمل الاهدار بالابراء فكذا بالردة

الحكمي

هذا

هذا النظر فقد اعتبر ابو حنيفة رحمه الله الردة في هذه المسألة ابراء عن السراية ولم يعتبره
في مسألة الرمي مع ان الابراء كما يصح بعد الجناية يصح بعد الرمي قبل الوصول بناء
على ان الشارح قال هاهنا ان ابا حنيفة يقول فيها انه بالارتداد صار مبرئا عنه صح
وان اعتقاد المرتد ان الردة لا يبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان
الجناية هذا كلامه وبه يشكل ان الردة اذا لم يكن مبرئا عنده كيف يجعل مبرئا
في مسألة القطع التي ذكرنا قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لي بعد
فعل الرمي قبل الموت سواء كان بعد الوصول او قبله وانه ذكر في الجامع انه
لو كان الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة وقد صرح في البزدوي ان التكفير
بدون الاتصال بالمحل لا يعقل سببا والتكفير قبل انعقاد السبب باطل كالتكفير
عن اليمين قبل الحنث اجيب بانه قبل الاصابة ان كان لا يعقل في حق المحل
فقد يعقل في حق الرامي لا محالة فيه التكفير وتحقيقه في شرحنا للبزدوي قوله
لان الرمي لم يعقل موجبا لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك
فان قلت ذلك بما اذا رمى الى صيد الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فقتله
يجب الجزاء على الرامي قلت جزاء صيد الحرم لا يختص بالقتل ولهذا يجب
بدلالة المحرم واشارته كذا في الشاهان او نقول صفة المحل يعتبر عند الوصول لان
المحل انما يثبت عنده ولهذا لو رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم رجعت الدية
عليه لان المحل لم يبق محلا للزكوة وهذا ايضا مما اشير اليه في الشاهان واعترض
عليه في الحاشية بانه ينتقض بقوله اذا رمى مسلما فارتد الى اخره وتقريره ان الواجب
فيما اذا رمى مسلما فارتد ثم رجع السهم اليه الدية واذا بدل المحل فضمان صيد الحرم ثم
الحكم اعتبر في حق وجوب الدية صفة المحل عند الرمي وفي وجوب جزاء صيد
الحرم صفته عند الوصول ولا وجه له ويمكن ان يجاب بان الواجب الاصلي
في مسألة الارتداد هو القصاص لا الدية لانه الموجب في العمد وكذا في الخطأ على
ما صرح به في المعاقل ولكنه امتنع استيفاؤه لمانع والقصاص جزاء الفعل دون
المحل فيعتبر حالة الفعل دون حالة الوصول اما في قتل صيد الحرم فالواجب هو
الضمان وانه بدل المحل فيعتبر فيه حالة الوصول دون الفعل نعم ذلك النكتة
الثابتة فيما اذا رمى رجلان الى صيد معا فثبت احدهما فهو له لانه اول محرز وحل
وقال زفر لا يحل لان الاول اخرجه من الصيد به وقد مات بالجرحين وجرح

الثاني زكوة اضطرارية بعد ما صارت زكوته اختيارية فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم
كما لو تعاقبا في الذبح والاصابة وكذا ان فعل كل واحد منهما يوجب الحل بالزكوة
لانه رمي الي صيد والمعتبر في الحل وقت الرمي لان الحل بالذكوة وهي فعل
المذكي وفعله الرمي اما في الملك فالعبرة لوقت الاصابة لان الملك بالاحراز و
احراز الصيد بالاصابة دون الرمي ولم يضمن الثاني لان المعتبر في حق الضمان حالة
الرمي وحال رمي الثاني كان الصيد مباحا فلم ينعقد الرمي سببا للضمان كذا
في الكافي وجه الاشكال ظاهر يعرف بالتامل قوله لانه اتلاف بعض
المحل وانه يوجب الضمان للمرمي وبعد الرمي لو وجب شيء لوجب للصيد
بنصب الغاية مخالفة للبداية الي اخره وهذا مشكل لما عرفت من قبل ان القطع
الساري قتل من الابتداء عند ابي حنيفة رضي الله عنه فينبغي ان يجب الضمان للمولى
لان الصيد قتل علي ملكه ولئن قيل الضمان ان كان يجب للمولى باعتبار انه
قتل في الابتداء فقد يجب للصيد باعتبار حالة السراية فلا يجب الاختلاف المستحق
قلنا فليعتبر مثل هذا في الرمي ايضا فان الضمان هناك ان كان يجب للمرمي
باعتبار حالة الرمي فقد يجب للصيد باعتبار حالة الوصول فينبغي ان لا يجب في الرمي
ايضا كتاب الديات قوله دية مغلظة المراد بالتغليظ التغليظ في السن لان الشرع
شدد عليه بايجاب الدية المكيفة لتعسر تحصيلها لان الجزاء الجناية يتغلظ بتغلظها
وهذه جناية غليظة نظرا الي تعمده علي المباشرة فجاء الشرع بايجاب الدية المغلظة
وايجاب الكفارة تحقيقا المحقق الخبر كذا في الحاشية وفيه نظر لما عرف ان
الدية تجب بدل المحل لا جزاء الفعل الا يرى انها لا تتعدد بتعدد القاتل فلو كان
جزاء الفعل لتعددت بتعدده كالقصاص والكفارة فاذا كان بدل المحل وجب
ان لا يتغلظ عند تغليظ الجناية الا يرى ان جناية العمد المحض اغلظ من الخطاء وليس
العمد ثم هناك لو سقط القصاص بشبهة يجب الدية من غير صفة التغليظ وكذا
في الكفارة لانها جزاء الفعل ولا تغليظ فيها فالاولى ان يحال وجوب التغليظ
في شبه العمد الي ما ورد فيه من الاثار علي ما سيأتيك قوله بقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة والنص وان ورد في الخطاء فشبه العمد في معناه فيلحق
به دلالة كذا في الحاشية وفيه بحث قد ذكرناه في اول الجنايات قوله
ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء من للجزاء والجزاء اسم للكافي

ينصر كانه قال يجزاه كذا فان لم يجد فكذا كذا في النافعات فان قلت سلمنا
ان الفاء للجزاء وهو اسم للكافي ولكن لا يخفى ان حرف الفاء انما يدل على كون
مدخوله كافيا بمعنى ان لا يحتاج الي غيره في الكفاية لا بمعنى ان لا يكون غيره مجزيا
ايضا كما جزا ابو نصر لا ينافي لا يزاد الاطعام في الكفارة بمعنى ان يجزي هو ايضا
كما يجزي التحرير وان كان ينافي ان يكون الاطعام بعض الجزاء والمقصود بهذا التعليل
هو ان الطعام ليس يجزي ايضا فالدليل لا يوافق الدعوي قلت كان هذا التعليل
بطريق الترديد يعني انه لو زيد الاطعام فاما ان يجعل جزاء او جزاء كاملا كالتحرير
لا سبيل الي الاول لان حرف الفاء التي هي للجزاء الذي هو اسم للكافي ينافيه ولا
الي الثاني لان لا عتاق كل المذكور يجب لو كان غيره مرادا لذكره لكونه موضع الحاجة
الي البيان وحيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة
اليه بيان قوله والظاهر سلامة اطرافه فان قلت يشكل علي هذا ان في
عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل حيث لم تكتف هناك بظاهر
الحال ان هذه الاعضاء سليمة حتى يجب علي القاطع خطاء دية كاملة قلنا الظاهر لا
يصلح لالزام الدية والحاجة هنا الي دفع الواجب والظاهر يصلح للدفع كذا في الحاشية
وفيه نظر لظهور ان الحاجة هنا ليس الي دفع الواجب لكن الواجب قد تقرر
عليه بالقتل بل الحاجة الي رفعه عن الذمة واخلائها عنه والظاهر ان كان يصلح
لدفع ما هو غير ثابت فلا يصلح لدفع ما هو ثابت لان الظاهر يصلح لابقاء ما كان لا لاثبات
ما لم يكن والخروج عن العهدة بعد شغل الذمة بها هنا لم يكن ثابتا فلا يثبت بالظاهر
وجوابه ان اثبات ما ليس بثابت او نفي ما هو ثابت انما لم يصح بالشك فاما بالظاهر فيصح
في غير مقام الالزام ولا الزام هنا فيكتفي فيه بالظاهر وفي ايجاب الدية الالزام
فلا يكتفي به فيه وبعبارة اخرى ان الظاهر في حكم اليقين اذا لم يكن هناك مكذب
الا يرى انه لو اكتفي بالطهارة الظاهرة في باب الوضوء لما عرف طهارته بحكم
الظاهر وكذا لو شك في الصلوة ولم يحز بحكم بالصحة ولا عبرة بظهور في الدية مكذب
وانه ما قوله في تفسير المروز ما به من الابل والتمسك به علي وجهين احدهما
انه اوجب ما به من الابل فلو وجبت الخلفات يزيد علي النص من وجه لان ما في
البطن له عرضية الانفصال فكان زيادة علي قدر الشرع وهو باطل والثاني انه اطلق
الابل ولم يقيد بشيء منها بكونها ثنية كلها خلفات في بطونها اراد يجزي علي اطلاقه

نعم بل يجب عليه الوضوء

ولما كان هذا مظنة ان يقال ان الابل وان وردت مطلقة عن قيد كونها
خلفات فقد وردت مقيدة ايضا بما رويناه وهذا الاطلاق والتقييد وردا في حكم
واحد في حادثة واحدة فيجب ان يحمل المطلق على المقيد كما في كفارة اليمين
اجاب بقوله وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة
التغليظ يعني ان المطلق انما يحمل على المقيد ان لو صح التقييد وهو غير صحيح هنا
فلا يحمل عليه ثم المصنف رحمه الله جعل نفس الاختلاف دليل الدراية وقيل شرط
الاصوليين مع الاختلاف ترك المحاجة به فكانه اراد الاختلاف مع ترك المحاجة
والمعنى لاختلاف الصحابة مع ترك المحاجة به بدليل ما ذكر في المبسوط حيث
قال واما الحديث الذي روي وهو قوله عليه السلام وفيه مائة من الابل منها
في بطونها اولادها فلا يكاد يصح لان ما ذكره رسول الله عم في حجة الوداع كان
بمحضر من جماعة ولم يرو هذا الحديث الا نعمان بن بشير وهو في ذلك الوقت
في عداد الصبيان وقد خفي على كبار الصحابة حتى اختلفوا بينهم على اقاويل كما
بينا ولم تجر المحاجة بينهم بالحديث ولو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولاحتج
بعضهم على البعض **قوله** وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا
لما ذكرنا وهو كالمرفوع فيتعارض به هذا جواب عما رويناه لعلهم تسليم انه لا يصح لو
سلمنا انه ثابت فهو معارض بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه فلا يثبت
الزيادة بالتعارض فبقي قوله في نفس المؤمن مائة من الابل مطلقا بلا اشتراط كونها
خلفات او بقوله لما تعارض اخذنا بالمتيقن وهو ما قال ابن مسعود رضي
قوله مائة من الابل اخماسا وانتصابه باضمار يكون او نحوه وانما اضمر لكثرة
الاستعمال وامن الالتباس كذا في الناهان ويجوز ان يكون انتصابه على الحال
اي يجب مائة من الابل حال كونها اخماسا وتفسير الاخماس بقوله وعشرون
بنت مخاض الخ وما ذكر في الناهان ضعيف لما عرف ان حذف كان في غير
موضع الشرط ليس بقياس **قوله** لان ما قلناه احق فكان السن بالخطاء لان
الخاطي معذور يشكل بان الدية لا تجب جزاء الفعل حتى تغلظ بتغلظ
الجناية وانما تجب بدلا عن المحل حتى لا تجب على الجماعة القاتلة خطاء الا دية
واحدة **قوله** غير ان الشافعي كان من حقه ان يذكر قبل قوله ولان ما قلناه
احق لانه استثناء من قوله واحدا نحن والشافعي رحمه الله **قوله** وتاويل ما روي

انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك وذكر في الاسرار
ولا ادرا الشافعي رحمه الله يحمل على حال ما غلبت الدراهم على وزن خمسة وانها كانت
على ذلك في الاغلب الى عهد عمر رضي الله عنه فابطل عمر رضي الله عنه ذلك الوزن
هذا لفظه نقله الشارح **فان قلت** هذا التاويل يخالف مذهبنا لانا نقول بوجوب عشرة
الاف درهم بوزن السبعة والتاويل بانه قضى من دراهم كان وزنها ستة يقتضي وجوب
اكثر من عشرة الاف لان اكثر عشرة الاف بوزن الستة يدل على عشرة الاف بوزن
السبعة بما في مثقال فيجب على مقتضى هذا التاويل ان يلزم من وزن السبعة عشرة
الاف ومائتان وخمسة وثمانون درهما وخمسة اسباع درهم وليس المذهب هكذا وكذا
التاويل بانه قضى من دراهم كان وزنها خمسة على ما هو المذكور في الاسرار لا يوافق
ما هو المذهب عندنا لانه يقتضي ان يجب اقل من عشرة الاف درهم بوزن السبعة اذا اتى
النابر وزن الخمسة ينقص من عشرة الاف درهم بوزن السبعة بالف مثقال فيجب
بمقتضى هذا التاويل ان يلزم من وزن السبعة ثمانية الاف وخمسمائة واحد وسبعون
درهما وثلثة اسباع درهم والمذهب بخلافه **اجيب** بان هذا التاويل لابطال مذهب
الخصم ولما بطل مذهبه ثبت مذهبنا لعدم القائل بالفصل واجيب في الناهان اخذا
عن مبسوط شيخ الاسلام بانه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا انه اضيف
الوزن الى ستة لما كان قريبا منه فيكون وزن اثنا عشر بوزن الستة مساويا
لعشرة بوزن السبعة وهذا لا يشفي غليل الصدر على ما لا يخفى ثم الحق ان يجاب
بان الحديث الذي تمسك به الشافعي رحمه الله مروي عن ابن عباس رض وقد روي عنه
ان النبي عليه السلام جعل الدية عشرة الاف فتعارض روايتاه فبقي رواية عمر
رض سالما عن المعارضة فيعمل به دون غيره ونظيره ما روي عن ابن عمر رض ان النبي
عليه السلام اسهم للفارس ثلاثة وللراجل سهما وروي عنه انه عليه السلام اسهم
للفارس سهمين فتعارض روايتاه فترجح رواية غيره وهو رواية ابن عباس رض
ان النبي عليه السلام اعطى للفارس سهمين وللراجل سهما لسلامته عن المعارضة
هكذا ذكر في كيفية قسمة الغنيمة وقد مر **قوله** ولان التقدير انما يستقيم
في معلوم المالية وهذه الاشياء مجهول المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان وهذا اشكل لما عرف
ان الحيوان الموصوف يصلح مهرا عندنا فقد قدرت به منافع البضع وهو مجهول المالية ولئن
قيل انما تحملت الجهالة في المهر لكونه التزام المال ابتداء اذ هو عوض منافع البضع

والمانيث بمال فانجهه للاقرار قلنا الدية ايضا التزام المال من حيث انها تجب
ابتدا لا بمقابلة ماليس بمال كالمهر الا يرى ان المصنف رح شبه التزام المال في النكاح
بالدية حيث قال في كتاب النكاح ولنا انه معارضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال
ابتدا حتى لا يعمل باصل الجهالة كالدية والاقارير وهذا لفظه فقد اشار الى ان المهر
والدية من واد واحد فاذا جهالته تحملت في المهر وجب ان يتحمل في الدية فينبغي
ان لا يكون جهالة هذه الاشيا في المالية مانعة لجعلها دية كما لم يمنع في ذلك مهرا **قوله**
عرفناها في غيرها اي عرفنا الاثار المشهورة في غيرها فلو قلنا بغيرها لردنا على تمام
بالاثار المشهورة بما ليس بمشهور وانه لا يجوز على ان عمر رضي الله عنه يحتمل الصلح
قوله من تنح الخلاف **قلت** جاز ان الكلمة الصلح بالزيادة مع بنا الخلاف لان
دليل الخصم ورث الشبهة وان عمر رضي الله عنه يحتمل التقدير فلم يصح الصلح بالزيادة
احتياطا مع بنا الخلاف في التقدير بغير الاشيا الثلثة **قوله** وقال الشافعي ما دون
الثلث اي ثلث الدية لا يتنصف قال الشارح والصواب ان يقال وقال الشافعي رح الثلث
وما دونه لا يتنصف ذكر في المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول انها تعاقل
الرجل الى ثلث الدية يعني اذا كان الارش بقدر الثلث او دون ذلك فالرجل
والمراة فيه سوا فان زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل الى هنا لفظه
قلت ذكر بعض المحققين في حاشية البزدوي مايدل على ان ماذكر في الكتاب
صواب حيث قال فيها قال سعيد بن المسيب المراة تعاقل الرجل الى ثلث
الدية اي توازيه فاذا بلغ ثلث الدية صار دية المراة على النصف من دية الرجل
قيل له كلما ازداد الالم انتقص العقل قال انه السنة فحمل الشافعي رح على سنة
الرسول عليه السلام واصحابنا على سنة زيد بن ثابت لان ذلك مذهبه الى
هنا لفظ الحاشية وهو تصريح بانه اذا بلغ الثلث يتنصف فكان فيه روايتين وقد
اختار المصنف رح انها يتنصف عنده ايضا اذا بلغ الثلث يشعر بذلك قوله فيما بعد
اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه فلذا قال ما دون الثلث لا يتنصف ولم يقل الثلث
وما دونه لا يتنصف وانما كان الصواب ذلك ان لو كان في علم التنصف في الثلث
اتفاق الروايات او كان اختيار المصنف ذلك والكل منتف ثم يمكن
الروايتين بانه قد عرف من مذهب زيد وهو ماخذ الشافعي رح ان ديتها اذا بلغت ثلثين الا
وانه اقل من الثلث لا يتنصف وان بلغت اربعين الا وانه فوق الثلث يتنصف فالثلث
بين الاربعين والثلثين فلو قيل بان الثلث لا يتنصف فله وجه اذا التنصف عرف
في اربعين وانه فوق الثلث وان قيل بانه يتنصف فله وجه ايضا اذ الثلث فوق
الثلثين وما فوقه متنصف **قوله** واماميه في ذلك زيد بن ثابت **فان**
قلت كيف اتّمه بقول زيد وهو لا يرى تقليد الصحابي **قلت** للشافعي رح
في تقليد الصحابي قولان في قوله القديم يقلد وفي الجديد لا يقلد فكان ما ذكر ههنا
من قوله واماميه زيد محمول على القول القديم او لقوله واماميه في ذلك
زيد بن خرج مخرج الطعن عليه بعني انه جعل في هذه المسئلة زيد بن ثابت اماما وهو
لا يرى قول الصحابي حجة فقد ناقض مذهبه ولئن ثبت انه ليس بحجة عنده فهو
مبني على ان السنة المذكورة في قول سعيد بن المسيب انه السنة محمول على
سنة زيد بن ثابت رضي الله عنه والا فالشافعي رح لا يجعل في هذه المسئلة زيد بن
ثابت اماما بل يحمل السنة الواقعة في قول سعيد بن المسيب على سنة رسول
الله عليه السلام فيكون متبعه الحديث لا قول الصحابي فلاجرم فيكون هذا مبنيا
على اختيارنا **فصل فيما دون النفس قوله** لان الظاهر انه
لا يحمل منفعة الكلام **فان قلت** الظاهر لا يصلح للالزام الا يرى اذا قطع لسان
الصبي ولم يعلم صحته لا يجب دية كاملة مع ان الظاهر سلامته **قلت** سلمنا انه
لا يصلح للالزام ولكن يصلح للدفع وههنا يدفع سقوط الدية لانه اذا عجز عن ادا الاكثر
فقد قدر على ادا البعض والعجز عن ادا الكل يوجب كمال الدية والقدرة
على البعض يسقط كمالها فيكون الظاهر دافعا لا ملزما فلهذا ان تلك المسئلة فانه لو وجب
الارش كاملا لوجب بظاهر السلامة فيصير ملزما لا دافعا كذا في الحاشية والاصح
ان يقال انه اراد بالظاهر ههنا الغالب اي الغالب انه لا يحمل منفعة الكلام
اذا لم يقدر على ادا الاكثر فكان كتفويت جنس المنفعة اذ الاكثر في حكم الكل
فيجب الدية كاملة وبهذا لا يرد الاشكال المذكور ولا يحتاج الى التكلف المذكور
قوله وهو ملحق اي الحقه الشرع ولو كان ذلك بالحاق المجتهد لكان
مدخورا فيه اذ لا اتلاف من وجه اذ به من الاتلاف من كل وجه وجاز ان يثبت
الشي في الادنى الاعلى ولا يثبت ذلك في الادنى فلا يستقيم الالحاق لا قياسا ولا دلالة
لعدم المماثلة وثبوت التفاوت **قوله** فتنسحب به المراح تحت كيلا ان يقال
سحبت ذيلي فانسحب اي جررته فانجر اي تجر الفروع الكسر الى هذا

الاصل **قوله** والايلاد اي على طريق معتاد وهو الايلاج الذي هو طريق
الاعلاق عادة وعن هذا قال والايلاج بطريق النفير للايلاد المتعارف **قوله**
وكذا اذا ذهب سمعه وبصره وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل فينادى
فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب وحكى الناطفي عن ابي حازم القاضي
والقدوري عن اسماعيل ابن حماد ان امراة ادعت انه ارتت ان بها
طرشا وهو نوع صمم لعجل خرجت واكرمت في مجلسه فاشتغل بالقضاء عن
النظر اليها ثم قال لها فجاءة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها
وظهر مكرها كذا في **قوله** في اللحية اذا حلقت فلم ينبت الدية وانما طالب
بالدية حالة الحلق بل يوجل سنة لتصور النبات فان مات المحلوق لحيته او
راسه قبل مضي السنة ولم ينبت لاشيء فيه وقالا فيه حكومة عدل كذا في الشرح
قوله المنفعة في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر **قلت**
فينبغي ان لا يجب كل القيمة في الاذنين الشاخصين بل نقصانها لان المقصود
منهما الجمال دون المنفعة ويجي ان كل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمته
العبد والواجب في الاذنين الشاخصين في الحر كل الدية كما مر فيجب في
العبد كل القيمة وايضا الاطراف في الدية كالنفس والواجب في نفس العبد
القيمة لا الدية منه دون المالية فكذا في ارش الاطراف فيجب ان يعتبر الجمال
دون الاستعمال **قوله** لانه ليس بكوسج فيه اشارة الى ان القسمين المذكورين
اولا اعني من كان ذقنه شعرات معدودات او كان على الخد والذقن
جميعا لكنه غير متصل كل منهما كوسج ولكن ذكر في المغرب ان الكوسج معرب
وهو الذي لحيته على الذقن لا على العارضين وفيه اشارة الى ان من كان
الشعر على ذقنه وخده جميعا لكنه غير متصل فليس بكوسج وقد نوفق بان المراد
وليس بكوسج حقيقة واحكاما فيجب فيه كمال الدية بخلاف من كان على ذقنه
وخده جميعا شعرات غير متصلة فانه كوسج حكما لا حقيقة فيجب فيه حكومة عدل
لا الدية كملا عملا بالحقيقة والحكم جميعا وحكى ان امراة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان
كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة رضي الله عنه عن ذلك فقال يعد اسنانه فان
كانت اثنين وثلثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج وهذا
بعلم تفسير الكوسج على خلاف ما في الكتاب الا ان يكون ما قاله ابو حنيفة محمولا على

الشرح

صورة

صورة علم اللحية بحيث اذا لم يكن للرجل لحية فيعد اسنانه فان كانت اثنين وثلثين
فهو ليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج اما اذا كانت للرجل لحية فلا
حاجة حينئذ الى عد اسنانه في معرفة كونه كوسجا **قوله** والاسنان والاضراس
كلها سواء ذكر الاضراس تخصيص بعد التعميم اذ الاسنان يتناول الانياب والاضراس
وانما خصها لان منهم من فضل بعض الاضراس على البعض لفضل الطواحن
على الضواحك فخص الاضراس بالذكر اهتماما لما بيناه في بيان المساواة بين الاسنان
فصل في الشجاج **قوله** الشجاج عشرة لان الشجة اما ان لم يقطع الجلد
فلا يكون شجة فلا كلام فيه وان قطعت فاما ان يظهر الدم اولا الثانية الحارصة والاول
اما ان يسيل الدم اولا الثاني الدامعة والاول اما ان يقطع اللحم اولا الثاني الدامية والاول
ان قطعت اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم ام لا الثانية الباضعة والاول اما ان اظهرت
الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم ام لا الثانية المتلاحمة والاول السمحاق ثم لو تعدت
الشجة من اظهار الجلدة فلا تخلو اما ان اقتصرت على اظهار العظم فهي الموضحة اولا
ان اقتصرت على كسر العظم فهي الهاشمة واما ان اقتصرت على نقل العظم من
غير وصول الى الجلدة التي بين العظم والدماغ ام لا فالاول المنقلة والثانية الامة
هذا على تقرير المبسوط وهو المعول عليه كذا ذكر في الشرح **قوله** والدامغة
بالعين المهملة لان الدامغة بالغين المعجمة آخر الشجاج ويجي بيانها في الكتاب .
وانما سميت دامعا لانه يخرج منها بقدر الدمع في القلة او لان الالم يمل الى صاحبها
فيل مع عيناه **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي يقطع **فان قلت**
الشجاج من الحارصة الى الدامية كلها تقطع الجلد لانه ما لا يقطع فليس بشجة على
ما ذكر الشارح نقلا عن المبسوط فما وجه تفسير الباضعة بما هو مشترك بين الشجاج
كلها **قلت** المراد قطع الجلد مع قطع بعض اللحم بحيث لا يصل الى حد الكثرة
قوله في المتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم اي في اكثر اللحم فيحصل الفرق
بينه وبين الباضعة لانها ايضا تاخذ في اللحم على ما ذكرنا ولكن في قليل اللحم
دون كثيره يدل ما ذكر الشارح حيث قال وفي المبسوط وروي عن محمد ان
المتلاحمة قبل الباضعة فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطعه والباضعة بعدها لانها
يقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة ما يعمل في قطع اكثر اللحم فهي بعد الباضعة
ثم جاز ان يكون تفسير المصنف على خلاف ما يفهم من المبسوط فلا يحتاج الى التاويل

لسمحاق

الدم

في غير كلامه فالحارصة عنده ما تقطع بعض الجلد من غير أن تخرج الدم والدامعة
هي التي تقطع بعض الجلد ويظهر الدم من غير تسييل فإن سيله فهي الدامية
والباضعة هي التي تقطع الجلد كله من غير أن تأخذ في اللحم فإن أخذت فيه
فهي المتلاحمة إن لم تصل إلى السمحاق وإن وصلت فهي السمحاق إن لم توضح
العظم فإن أوضحته فهي الموضحة إن لم تكسر العظم فإن كسرت فهي الهاشمة إن لم تنقله لكونه
فإن نقلته فهي المنقلة إن لم تصل إلى أم الرأس وإن وصلت إليه فهي الآمة
إن لم تخرج الدماغ وإن أخرجته فهي الدامغة وإنما لم يذكرها لأنها تقتل في الغالب
ذكر في الذخيرة الباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال شيخ الإسلام
هو أو ينزع شيئا من اللحم والمتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع من اللحم شيئا هذا كلامه
فهذا تفسير الباضعة والمتلاحمة على خلاف ما يفهم من تفسيرهما من المبسوط وظاهر لفظ
الكتاب ثم إنما سميت هذه الشجة متلاحمة باعتبار ما يؤول إليه من التلاحم والالتئام
أو على التفاؤل **قوله** وقال محمد رحمه الله في الأصل وهو ظاهر الرواية يجب
القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه **فإن قلت** كيف نفى
اعتبار المساواة أولا في وجه رواية المنتقى المروية عن أبي حنيفة ثم أثبت ذلك ثانيا
أجيب بأن طريق اعتبار المساواة في ذلك على ما ذكر ربما يخفى على البعض
فينكر اعتبار المساواة بناء على زعمه ثم يظهر ما خفي عليه بغيره بطريق خبير **قوله** على
وفيما دون الموضحة حكومة عدل هذا بيان حكم الشجاج التي هي دون الموضحة
في الجناية على رواية غير الأصل لما عرفت من وجوب القصاص فيها على رواية
الأصل أو ينزل على رواية الأصل أنما يجب القصاص إذا كان عمدا أما في الخطأ
فلا بد وأن يجب فيها حكومة عدل على رواية الأصل أيضا فيحتمل أن يحمل هذا على يحتمل
رواية الأصل بحمله على الخطأ **قوله** وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد
العزيز ليس إلى أن يروي الشافعي على خلاف المعقول حجة كفتوى الصحابي
وإنما يحمل على أنه سمع ممن سمع من النبي صلى الله عليه وسلم ولكن ذكر في الكتب
أنه ليس بحجة **قوله** وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا في الغالب إلخ يشكل بأنه ذكر حكم
الجائفة وإنها ليست من الشجاج حقيقة مع أنها تقع قتلا في الغالب لأن الجناية مقترنة بالحكم
على حق حتى لا يجب القصاص فيها لذلك فلا يشكل لأن الدامغة فيها هي من الشجاج
حقيقة أولى بأن يقال هذا وجوب الترك لا أنه يوجب الترك لا يذكر أصلا

دعوه

من الذكر

من الذكر وبيان حكم كل من الجراحات **قوله** والشين يختص بما يظهر منها
أي من البدن في الغالب وهما العضوان هذان أي الوجه والرأس **قلت**
هذا في الوجه مسلم أما في الرأس فمحل تأمل لأن الرأس يغطى عادة حتى لا يجوز
لمن أحرم من الرجل أن يغطي رأسه ويجوز له تغطية الوجه ولأن أثر إحرامه
إنما يظهر في رأسه لا في وجهه لأن رأسه يغطى عادة دون وجهه لا يغطى فلو غطى
الرأس وكشف الوجه لم يظهر أثر إحرامه فيه بخلاف المرأة فإن أثر الإحرام
فيها يظهر بكشف الوجه فجاز لها أن تغطي رأسها فلو كان الغالب في الرأس الظهور
كما في الوجه لم يظهر أثر الإحرام في الرجل بكشف الرأس أيضا على أن هذا التعليل
لا يكاد يستقيم في حق المرأة لأن رأسها عورة مستورة والغالب فيها عدم الظهور كما في
سائر الأعضاء هذا مع أنه ينتقض بالجائفة فإن ثلث الدية يجب فيها مع عدم ظهور الشين
لأن الجوف لا يظهر عادة وهي جراحة فيه **قوله** إلا أن عندهما من الوجه
لاتصاله به **فإن قلت** فينبغي أن يجب غسلهما في الوضوء **قلت** نعم لكنا
تركنا بالإجماع ولا إجماع ههنا **فإن قلت** اللحيان لا يدخلان فيما ذكر لأن من حد
الوجه فيما لم هو من تحت العذار إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن **أجيب**
بالتزام أن ذلك حد للقدر المفروض غسله من الوجه لا الوجه بالحقيقة **قوله**
وقال الكرخي مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك قال شيخ الإسلام هذا
هو الأصح لحديث علي رض فإن عليا رضي الله عنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف
لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر باليد كذا في الشرح **قلت** روي أن رجلا قطع
طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمر أن يقرأ ا ب ت ث فلما قرأ حروفا
أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك كذا في الجامع
الصغير للإمام التمرتاشي والذخيرة **قوله** وأن الكف تبع للأصابع لأن البطش
بها أي الأصابع أصل في البطش والكف بجيئها فيكون تبعا **فإن قلت**
قد ذكر المصنف رح فيما نقلتم أن الأصابع تبع الكف فأما أصل لما عرضنا فهلا اعتبرت جهة
الأصالة في الكف في حق وجوب الضمان **قلت** الضمان إنما يجب باعتبار فوت المنفعة
والأصل في المنفعة هي الأصابع والكف تابع فلا وجه لاعتباره أصلا في وجوب الأرش
الذي يتعلق بذات المنفعة الأترى أنه لا يجب الدية في اليد الشلاء والعين العوراء
لانعدام المنفعة فيهما **قوله** وأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية

واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب **فان قلت** فينبغي ان لا يجب
نصف الدية في قطع الاصابع او في قطع الرسغ لان النصف ادنى هذه
الجارحة من رؤس الاصابع الى المنكب فلا يجب فيما دونه **قلت**
نعم الا انا اوجبنا نصف الدية فيها اعتبارا بقطع الرجل ونحوه مما يفوت
به المنفعة الا يرى ان الواجب في النفس الدية ثم تجب في
كل ما يفوت به جنس المنفعة لانه في معنى تفويت النفس كذلك
قطع الاصابع في معنى قطع هذه الجارحة الى المنكب
فيجب نصف الدية فيها كما يجب في قطع الجارحة
باسرها الى المنكب **قوله** وزعما ان اليد الى
باطنه الخ والحجة في الحد بيان ان اليد اذا ذكرت في
موضع القطع فالمراد به الزند بدليل آية السرقة
لا في الكافي وفيه نوع تامل لما ان الزند انما
صار مرادا في آية السرقة بدليل آخر وهو
ما صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق
من الزند وسائر دليل فيما نحن فيه على ان
المفصل علة لقطع يد السارق من الزند بقوله
لان اسم اليد يتناول اليد الى الاباط
وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به وفي
الكافي ان اليد ذات مفاصل ثلثة الرسغ
والمرفق والاباط وكل واحد يحتمل
ان يكون من المراد لصحة اطلاق
اسم اليد على الكل لكن لا حجة الى ذلك
لانه عليه السلام حيث امر بقطع يد السارق
من الزند ولان هذا القدر متيقن به
وفي الحدود يوجد بالمتيقن هذا لفظه
في السرقة بالحد بيان ان الزند انما صار مرادا
بالسنة او بانه المتيقن

وكل

وكل ذلك منتف هنا ولا يخفى انه
لا يثبت العرف بارادة الزند من آية السرقة
حيث يدعي ان اليد اذا ذكرت في موضع القطع
يراد به الزند في العرف اللهم الا ان يثبت
العرف بدليل خارجي ثم لا يبطل حجة لانه يورث
... **قوله** لما ان اليد الى الابط وبالبطش
يتعلق بالكف والاصابع لا شك فيما انه يتعلق
بهما غير ان الاصابع اصل والكف يصير تابع
لكن ~~هذا~~ هذا التعليل يشير الى
ان اليد من هذه الجارحة من رؤس الاصابع
الى الزند وقد مرت الاشارة في اول الكتاب
بقوله لو زاد على الا سقط عنه الوظيفة الكل
الى انها اسم للكل من الاصابع الى الابط
وجوابه ان اليد لغة اسم لهذه الجارحة الى
الابط غير ان متعلق الدية ومناط وجوبها
من فوات منفعة البطش وانها تتعلق بالاصابع والكف
فاسم اليد فيما يتعلق به من المنفعة كانه يقتصر على الزند
كما ذكر في اول الكتاب نظرا على اللغة وهذا بالنظر
الى المنفعة فلا تنافي **قوله** ولانه تبع اي لا يصير اصلا
فيما صار تبعا لانه يودي الى التناقض **فان قلت** الصبي العاقل يتبع لابويه
في الاسلام حتى يصير مسلما باسلامهما وباسلام احدهما اذا اصل فيه الا حتى لو
اسلم بنفسه كان اسلامه صحيحا عندنا **قلت** الاسلام الثابت للصبي بتبعية ابويه لا يصير
الصبي اصلا في ذلك الاسلام وانما يصير اصلا في اسلام ثابت بعبارته نظيره ان الصبي
لا يصير اصلا فيما يصير تبعا **قوله** ففيها اصبع واحدة **قلت** التقييد بالاصبع
الواحدة يشير الى انه اذا لم يبق المفصل من الاصبع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل
الاقل في الاكثر وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رض وفي ظاهر الرواية يجب فيه ارش
ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا **قوله** ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل

بوجه

من وجه الاصابع اصل عرضنا والكف تبعا لما في الحاشية وقيل ان هذا الوجه الاجماع
[illegible] واحد فهل يرجح بالكثرة وان كان جمع الاصابع او اكثرها فانما بما ان الكف اصل تبعا لما
[illegible] الاصابع اصل عرضا مطلقا والامر بخلافه **قوله** وفي الاصبع الزائدة حكومة
[illegible] ل مطلقا لا يتناول قوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل بمقتضى الخبر لانا
[illegible] خطابات الشرع ينزل على ما هو الاصل والمعتاد وهذا من العوارض النادرة كذا في
الحاشية ومن ذلك ما اذا خاف الجنب ان يقتله البرد او يمرضه لو اغتسل ومن في المصرفانه
تيمم عند ابي حنيفة رض وان كان يتحقق هذه الحالة نادرا في المصر لان العجز ثابت حقيقة فلا بد
من اعتباره عملا بالنص فعلا يظهر ان ما تناوله النص يجب اعتباره وان كان نادرا اللهم الا ان
يثبت ان مطلق اسم الاصبع لا يتناول الاصبع الزائدة فلا يدخل تحت النص ثم اعلم انه لا قصاص
فيه اما اذا لم يكن للقاطع اصبع زائدة فظاهر لمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام وان كان فكذلك
لان المساواة في القيمة قطعا ويقينا شرط ولم يوجد لان الواجب في قطع الاصبع الزائدة حكومة
العدل وانما تعرف بالحزر والظن ولهذا لم يجب القصاص في اطراف العبد هذا من الذخيرة و
فيه نظر لما نقلنا من ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة من الشجاج مع ان المساواة
هناك قطعا لان الواجب فيها ايضا حكومة العدل وانها تعرف بالظن **وجوابه** مر ما ذكر في
الذخيرة في وجه ما هو ظاهر الرواية فيما قبل الموضحة حيث قال وفيما لم المساواة في القيمة شرط
قلنا المساواة فيها انما يعتبر في الاطراف فاما فيما دونها من الجراحات فلا وهذا لان قصية القياس
في الاطراف ان يعتبر المساواة في الاجزاء ايضا لكن تركنا المساواة في القيمة بالنص ومر حديث عمران
بن الحصين رضي الله عنه والنص الوارد باعتبار المساواة في القيمة في الاطراف وامر الاطراف
اهم لان في قطعها تفويت المنفعة والحاق الشين لا يكون واردا في هذه الشجاج وفيها الحاق الشين
دون قطع المنفعة فيرد هذه الشجاج الى قضية القياس ثم ذكر في آخرها **فان قلت** قطع الاصبع
الزائد ان له عيب فينبغي ان لا يجب شيء **قلت** لا بل وان يتالم الالم بقطعه فلنا نجب
حكومة عدل ثم لنظره **قلت** هذا لا يكاد يستقيم على مذهب ابي حنيفة رض لانه لا يقول
بوجوب حكومة العدل للالم حتى ان من شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر
سقط الارش عنده ولا يجب شيء ولا يتاتى تخفيفه فاكما وجدنا ان يقال قطعها ان كان يزيل
الشين الزيادة فيجب نجعل شيئا اخر لما فيه من تفويت ان الذي يشينه لا محالة فتعارضا فبقي الاعتبار
للتفويت الاجزاء من اجزاء الادمي وانه يوجب الارش الا اذا كان فيه ازالة الشين كما في حلق
الشعرات المعدودة في اللحية ولم يوجد هنا ازالة الشين للتعارض على نحو ما قلنا فيجب

[illegible]

محل الجناية

محل الجناية من وجه ايضا فيدخل الفقه في الاكثر ولكن مثل هذا لا يستقيم في السمع لان له موضعا في
البدن يشار اليه انها قوة مودعة في العصب المفروش في مقعر الصماخ يدرك به الاصوات بتطرق وصول
الهواء المتكيف بكيفية الصوت الى الصماخ بمعنى ان الله يخلق الادراك في النفس عند ذلك ولهذا قال في المحيط
وهذا الفرق بين السمع والكلام وبين البصر على ما روي عن ابي يوسف رح في النفس الا ان يقال تعيين موضع السمع
على ما ذكروا ثابت بالدليل الظني وبالنظر الى محل القطع يتغاير محل الموضحة بل مع ذلك يبقى شبهة اتحاد المحل وفي
شبهة الاتحاد شبهة تكرار الضمان فيدخل الاول في الاكثر احتياطا هذا غاية ما يمكن في تصحيح دليل ابي يوسف رحمه الله
ولكن الكلام بعد محل نظر لما يجيء ان الحسن جز الكلام من وجه ونفس على حدة من وجه مع ذلك يجب
ضمان الجنين مع ضمان الام وذلك بان كان الام بعد ما القته ميتا مع ان فيه شبهة تكرار الضمان من حيث انه
جزء لما عرف ان ضمان الكل بمقابلة جميع الاجزاء فعلم ان شبهة تكرار الضمان لا ينافي الضمان الا ان يقال في مسئلة
الجنين في هذه الصورة روايتين وفي احديهما لا يجب الضمان للجنين مع ضمان الام وسنذكر الروايتين من بعد
قلنا ان يمنع **قوله** وينبغي ان يجب الدية في التي كلا والاجمة حسن يعرف للفرق المذكور بين
اسوداد التي بكسر البعض وبين شلل اليد او الاصبع بقطع منفصل منه من حيث ان في الاول يجب الدية في
التي كله وفي الثاني يجب دية المفصل وحكومة العدل في الباقي مع ان الشلل كالاسوداد على انه ذكر في
شرح الطحاوي والجامع الصغير البرهاني والجامع لقاضيخان رحمهم الله انه يجب دية الاصبع اذا شل الباقي
من الاصبع ودية اليد اذا شلت اليد ومن هذا قيل اراد بحكومة العدل في قوله وفيما بقي حكومة عدل هو حصة
ما بقي من الاصبع او اليد وانما سماه حكومة عدل لان حصة ما بقي انما يتعين بالتوزيع وللرأي مدخل فيه ولهذا روى
الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اذا قطع الكف من المفصل وفيها اصبع فانه يعتبر الاكثر من دية
الكف ودية ما بقي من الاصبع لان ارش كل مفصل غير منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص عليه بنوع راي
وكون الاصبع اصلا بالنص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل واحد تحرى فيه الامثل والاكثر فعلم بهذا ان ما يثبت من
الحصة بالتوزيع فذلك يثبت بنوع راي فجاز ان يسمى حكومة عدل **قوله** ولو قال اقطع المفصل
وفعله لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود لعدم المماثلة لان الجناية الاولى كانت سارية وهي ليست في
وسع المجني عليه والمماثلة شرط وجوب القصاص فلم ينعقد تلك الجناية موجبة للقصاص لا ابتداء وانما انعقد موجبا
للمال فلا يكون له على القصاص سبيل كذا في الشاهان وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا لطمه او وكزه
او ضربه بالسوط حيث القصاص فيها ايضا لعدم امكان المساواة ولكن اذا رضي الضارب به فانه يستوفى لان
الامتناع لحقه فاذا رضي فقد اسقط حقه في الزيادة هكذا ذكر الشارح
في مسئلة ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين فلما جاز استيفاء الضرب برضاء الضارب للوجه
المذكور مع ان الضرب لم يقع موجبا للقصاص ابتداء كان ينبغي ان يصح استيفاء القصاص ههنا ايضا

اذا نفى المقطوع منصل المفصل وتكلم الباقي ان القصاص هنا فلا امتنع بحق المجني عليه فاذا نفى سقوط حقه في
في التلافة يجب ان يصح كما ان في ذلك المسألة انما امتنع القصاص لحق الجاني ثم اذا نفى الجاني هناك يسقط
حقه ستوفى القصاص كذا هنا **قوله** ولان الجناية لا ولى سالية والجراية لمثل وليس في وسعه
الساري **فان قلت** لم لا يكون من قبيل استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي **اجيب** بان
الحق في البعض انما يثبت في ضمن ثبوته في الكل وهنا لم يثبت في الكل فلا يثبت في البعض والاستيفاء
بتلو الثبوت بخلاف صورة استيفاء البعض واسقاط الباقي ان الحق هناك ثبت في الكل فله ان يستوفي
او يجوز بعض حقه **قوله** وكذا المحل متحد من وجه الاتصال احدهما بالاخر **و قد يقال** اذا كان
المحل متحدا من وجه وجب ان يدخل ارش الموضحة في دية العينين ان في استيفاء دية كل على حدة شبهة
تكرار الضمان نظرا الى شبهة اتحاد المحل والتكرار حرام فكذا شبهته **قوله** بخلاف النفس اي السهمين
اللتين رمى الى احدهما فاصابها السهم و نفذ منها الى اخرى حيث يجب هناك القصاص في الاولى ويجب
الدية للثانية ولا تجب كونه خطا في الثانية شبهة الخطاء في الاولى ان احدهما ليس من سراية صاحبه وقد
يقال الجناية في الثانية ان لم يكن من سراية الجناية في الاولى فالفعل وهو الرمي واحد اذ لا صنع من الرامي
سوى الرمي وهذا الفعل قد صار خطا في الثانية فاورث شبهة الخطاء في الاولى كما اورث اتحاد الفعل
شبهة وجوب الاغتسال في حق المفعول عند الايلاج في دبر رجل آخر من حيث ان هذا الايلاج لما وجب
الاغتسال على الفاعل لكمال السببية في حقه للانزال والفعل واحد اورث شبهة كمال السببية في حق
المفعول به واوجبناه احتياطا **قوله** بخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع يعني لو قطع اصبعا
فاضطرب السكين واصاب اصبعا اخرى خطاء انتقض للاولى دون الثانية لانهما وان صارت مقصودة
نحن نسلم انهما ليست مقصودة وانما الكلام في احتمال الاتحاد وذلك عند السراية يكون وقد وجد كذا ذكر
فخر الاسلام وكذا ايضا ذكر في الايضاح فقال بخلاف ما اذا سل السكين الى اصبع اخرى لان القطع في اخرى
ليس من اثر الفعل الاول بل الفعل كله مقصود فينفرد بحكمه وبهذا يعلم ان فيما قال في الكتاب بقوله لانه ليس
فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكره فخر الاسلام وابو الفضل كذا في الشرح **قلت** يجوز ان يقال
ان الضمير في قوله لانه وقوله ليس عايد الى ذهاب العين لا الى قطع الاصبع الاخرى باضطراب السكين من
الاولى يعني هذا بخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع الاخرى لان ذهاب العين ليس فعلا مقصودا بل اثر
فعل الشجة الموضحة وقطع الاصبع الاخرى باضطراب السكين فعل مقصود ليس باثر الفعل الاول فلا يلزم من
الاقتصاص هناك الاقتصاص هنا ولكنه لم يذكر المقدمة الثانية لظهوره او نقول ان المراد ليس اثر فعل
مقصود بل فعل قصدا وسرى قطع الاخرى فلا يصح القياس عليه او نقول معناه ليس فعلا يقصد حصوله
العين حتى يكون ازاله يفعل مثله لانه بخلاف ذهاب العين فانه قد يقصد بفعل الموضحة فيمكن ان يجعل

قوله متمما لها وبهذا يظهر ان المخالفة بين ما ذكره المصنف رح وما ذكره الشيخ فخر الاسلام وابو الفضل
وقال ورفع الصواب من حيث الاعراب ان يقول وقال الدويلان فيها ان العطف على الضمير المتصل المجرور بدون
اعادة العامل كذا في الشرح ولا علينا ان يلزم هنا نصب زفر بجعله مفعولا معه على نحو قولنا حسبك وزيدا او تحمله
على المذهب الكوفي فانهم جوزوا العطف على الضمير المتصل المرفوع بلا تاكيد وفصل حسنا **قوله**
ولو قلع سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح ان كان خطاء وسقط القصاص
ان كان عمدا وقالا عليه الارش كاملا عمدا كان او خطاء اما اذا كان خطاء فظاهر وكذا اذا كان عمدا
لانهما وان قالا بوجوب الارش بعد النبات فيما لا يقولان بوجوب القصاص بل على ما صرح به في الشاهان
فيما نقل فاذا لم يجب القصاص لا بد وان يجب الارش كاملا كما في الخطاء ان الجناية لا ينعدم بالنبات كما في
الخطاء فكان الواجب عندهما بعد النبات هو الارش عمدا كان او خطاء وذكر في المبسوط ولو قلع سن
رجل فنبتت كما كانت فلا شيء عليه في ظاهر الرواية وقد روي عن محمد رح انه يجب حكومة عدل بقدر ما لحقه
من الالم وعن ابي يوسف رح يرجع على الجاني بقدر ما يحتاج اليه من ثمن الدواء واجر الاطباء وابو حنيفة رح
يقول لا يجب شيء **قوله** اذ العروق لا تعود ليس المراد ان الشرع في باب القصاص
وهو لا يعود بعد الانقطاع حتى يخالف ما اشار اليه في باب القصاص فيما دون النفس من ان السن
عظم حيث قال في قوله عليه السلام ولا قصاص في عظم ان المراد غير السن ففيه اشعار بان السن عظم
على ما يخفى بل المراد ان السن المقطوع لا يلتزق بالعصب والعروق فيكون وجوده وعدمه بمنزلة **قوله**
فنبتت سن الاول اي من غير اعوجاج وان نبتت معوجا يجب حكومة العدل **قوله** لانه يتبين
انه استوفى بغير حق **فان قلت** على قولهما نبات سن الرجل بعد القلع لا يسقط الواجب
بالجناية كما اذا قلع سنه خطاء فنبتت مكانها اخرى لا يسقط الارش وسقط القصاص حتى ضمن المنزوعة
سنه اولا خمسمائة دية سن النازع **قلت** اذا نبت السن زالت الجناية من وجه لزوال اثرها
وبقيت من وجه لان النبات بعد السقوط نعمة مبتدأة فلا ينعدم الجناية الاولى والقصاص لا يجامع الشبهات
فاعتبرنا جهة الزوال والمال يجامعها فاعتبرنا الجناية وينبغي ان يعلم انه على قولهما ان كان يسقط به الارش
لان الجناية لا تنعدم به على ما مر فيجب للمنزوعة سنه اولا على النازع مثل ما وجب له عليه فيلتقيان قصاصا
ثم هنا نوع شبهة ان الجناية قد تحققت عندهما بحيث الجميع لا اخذ له غايته الامر انه يتوهم اعتراض الشبهة
بنبات السن ولكن توهم اعتراضها غير مانع من استيفاء القصاص فاذا استوفاه كان استيفاء بحق
فاذا نبتت السن بعد ذلك طرأت الشبهة والطارية من الشبهة لا يظهر ان استيفاءه كان بغير حق
حتى يجب عليه الارش للثاني **وجوابه** ان اعتراض الشبهة بعد استيفاء القصاص انما لا يمنع اذا
اذا كانت الشبهة ثبتت معترضة اما اذا ثبتت مستندة الى وقت الجناية الاولى باستناد الشبهة الى ما يظهر ان

حتى لم يكن في القصاص المنزوعة سنه او الخمساية للشادع وله على النازع مثل ذلك فيلبسان قصاصا
قوله ولهذا يستاني حولا في العمد اما الخطا في البالغ فلا يستاني ذلك ولم يعتبر في حق المال
امكان التدارك فيه واعتبر في القصاص لعدم الامكان كذا في الشاهات وذكر في الذخيرة وبعض مشايخنا
قالوا بالاستيناء حولا في نصف القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجنايات كلها يستاني حولا وذكر
قبل هذا والاصل عندنا يستاني في الجنايات كلها حولا عمدا كان او خطاء وذكر في العسر انه ينتظر حتى يبرا موضع
السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا انه قبل البرء لا يقبض ولا يوجد
الارش لانه لا يدري عاقبته تحصل هنا ثلث روايات احديها انه يستاني حولا في العمد والخطاء في البالغ والصغير
وثانيها انه لا يستاني حولا في البالغ مطلقا بل ينتظر حتى يبرا موضع السن والثالث ان ينتظر في حق الصغير
حولا للقصاص والارش وفي حق البالغ للقصاص دون الارش **قوله** فالقول للمضروب
ليكون التاجيل مفيدا وبيانه ان الشرع شرع الاستيناء في تحريك السن حتى لا يجب شيء ان اشتدت
ويجب ان اسودت او سقطت فلو لم يكن القول للمضروب في التغير والسقوط يبطل فائدة الاستيناء
لانه لا يمكن له اثبات التغير بالبينة الا ان يستصحب مع نفسه شاهدين في هذه المدة حتى يشهدا انها
حدثت من ضرب الضارب وهذا متعذر او متعسر كذا في الشاهات **قلت** بل في التاجيل فائدة
قبل قول المضروب او لم يقبل وهي انه لا يصير مستوفيا الارش بغير حق حتى اشتد بعد ذلك وهذه
الفائدة لا يبطل بقبول قول الضارب وكذا فائدة وجوب الارش عند التغير او السقوط لا يبطل بقبول
قوله لان قوله انما يقبل مع اليمين وربما لا يحلف فيحكم عليه بالنكول او يقيم المضروب بينة على ما ادعى او لا ينكر
الضارب اصلا فيفيد الاستيناء فائدة وجوب الارش في هذه الوجوه نعم لو لم يتصور هنا سوى الاختلاف
وحلف الضارب لكانت فائدة التاجيل مقتصرا على قول المضروب وليس كذلك فلا يدعي في التعليل هو
ما ذكر في المبسوط حيث قال وان قال الضارب قد اسودت من ضربة حدثت بعد ضربي وكذبه المضروب
فالقول له مع يمينه الا ان يقيم الضارب البينة على ما ادعى ولا يصح ان القول للضارب في القياس لانه
ينكر السبب الموجب للضمان فان الضرب لا توجب عليه الضمان ما لم يعقب اسوداد السن بتلك الضربة فان كان
حدوث السواد بما كان [illegible] اصل الضربة وفي الاستحسان القول للمضروب لان الموجب للضمان على الضارب
فعله وقد عرفنا حلول فعله هذا المحل وما يظهر عقيب السبب يحال به عليه ما لم يعلم غيره لان الظاهر شاهد
للمضروب لان ما يعيبه الضارب من ضربة اخرى من غيره لم يظهر والقول قول من يشهد له الظاهر
مع يمينه كذا في الشرح نقلا من المبسوط **فان قلت** فينبغي ان يكون القول للمضروب بعد
التسنن ايضا للمعنى المذكور **اجيب** بان التغير او السقوط بعد السنة بالضربة لا يحيل غير ظاهر
لان السنة مشتملة على الفصول الاربعة مع الحرارة والبرودة واليبوسة والرطوبة فالظاهر

ان فصلا

ان فصلا من فصول السنة لو انقطع المجني عليه فيها او يخالف فيسقط او يتغير فكان مضي السنة
في الغالب سببا للبرء او السقوط والتغير فلما لم يسقط في السنة او لم يتغير فالظاهر ان التغير والسقوط بعدها
لضربة حادثة فيكون الظاهر شاهدا للضارب فيكون القول له **قوله** لانه مال وجب بالقتل ابتداء
قلت لو كان واجبا به ابتداء لكان ينبغي ان تجب على العاقلة لما جرى في الكتاب ان كل دية
وجبت بالقتل ابتداء فهي على العاقلة وقد قلت ان الواجب في قتل الاب ابنه هو القصاص ابتداء
الا انه يسقط بالشبهة وتجب الدية كيلا يهدر الدم **ولئن قلت** المراد بقوله ابتداء هنا
انه يجب من غير سابقة صلح فلا تناقض **قلنا** بهذا المعنى ان كان يندفع التناقض فلا يخفى ان
الواجب في قتل الاب ابنه لو كان هو القصاص على ما صرحوا لم يكن من مثل شبه العمد الواجب فيه ابتداء
هو الدية حتى يقاس عليه الا ان يقال انه وان كان لا يشابه شبه العمد من كل وجه فهو يشابهه
من وجه البتة لان المال في كل منهما تجب من غير سابقة صلح فعملنا بالوجهين فمن حيث انه يشابه
قلنا بالوجوب [illegible] لا يشابهه قلنا بان الدية لا يتغلظ فيه كما يتغلظ في شبه العمد **قوله**
وهما ليسا من اهل العقوبة **فان قلت** بل هما من اهلها اذا باشرا سبب العقوبة ولهذا يجب
عليهما ضمان ما اتلفا **اجيب** بان العقوبة انما يكون في جزاء الافعال كالكفارة وما يجب عليهما من
ضمان المتلفات فهو ضمان المحل لا جزاء الفعل ولهذا لا يتعدد بتعدد المتلف **قوله** والكفارة
كاسمها ستارة وللذنب بستره انهما مرفوعا القلم هذا يشير الى ان الذنب لابد منه لايجاب الكفارة ولكن
ذلك يشكل بالذي فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها او فعله وهو مجنون او مغمى عليه فانه تجب الكفارة
عليهم مع انه لا ذنب لهم **فصل في الجنين** **قوله** ففيه غرة وقال
زفر لا يجب شيء كذا في حاشية الكنز وحكي ان رجلا سال زفر عن هذه المسألة فقال زفر فيها غرة عبد
او امة فقال السائل مرة ان حدث من ضرب الضارب يجب كمال الدية والا لا يجب شيء فتحير زفر رح
عند ابي يوسف رح فاجاب بمثل ما اجاب زفر فاحتج بمثل ما احتجه السائل فقال التعبد التعبد
كذا في بعض الشروح **قوله** وهي خمسماية اي يؤدي عبد او امة قيمته خمسماية او خمسماية
قوله اذا كان خمسماية درهم قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت لا يبلغ خمسماية كذا وجدت
بخط شيخي رح ولكن هذا لا يصح لان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد
بالبلوغ الى خمسماية درهم على ما يجي كذا في الايضاح والذخيرة وغيرها والغرة في جنين الحرة لا يكون اقل
من خمسماية فلا يكون في التقييد بقوله اذا كانت خمسماية فائدة حينئذ كذا في الشرح وهل يصح ان يقال
فائدة قوله اذا كانت خمسماية ان المراد بقوله اذا كانت خمسماية هو كونها خمسماية في تقدير الشرع اي اذا
كانت خمسماية بالتقدير الشرعي فيكون احترازا عن جنين الامة لانها غير مقدرة بخمسماية شرعا بل [illegible]

اولاً فلا يجب على العاقلة او يقال انما ذكر قوله اذا كانت خمسماية تنبيها على ان الغرة يصلح لان تجب على العاقلة
لانها خمسماية والعاقلة تعقلها وانما لا تعقل اول مضافكان مخرج مخرج التعليل **قوله** انه بدل الجزء
والجزء في حكم المال وبدل المال لا يجب على العاقلة هذا اذا لم يبلغ بدل الجزء ثلث الدية فصاعدا اما اذا بلغ ثلثها
فصاعدا تجب على العاقلة لان الثلث كثير بحكم الحديث في حكم الكل وكل الدية على العاقلة وان كان بدل
الجزء الشيء وان كان بدل الجزء ظاهرا فهو بدل النفس معنى لانها تجب لفوات جنس المنفعة الذي هو
في حكم فوات الكل **قوله** لان العواقل لا تعقل ما دون خمسماية جواب عن يقول لما سماها عليه السلام
دية وهي بدل النفس ينبغي ان يتحملها العاقلة وان كانت دون خمسماية لان بدل النفس يتحملها العاقلة قال
لكن بخلاف ما دون النفس فان العاقلة لا يتحمل ما لم يبلغ خمسماية فقال لان العاقل لا يعقل ما دون خمسماية
لان الغرة بدل الجزء من وجه كما في الشاهان **قلت** لا فايدة لهذا السؤال والجواب لما تقدم ان غرة
الجنين لا يكون اقل من خمسماية درهم على انه لا يصلح جوابا لان ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان العاقلة
لا يعقل ما دون ارش الموضحة فهو مبيل مما اذا لم يكن ما دونه بدل النفس الا يرى ان قيمة العبد المقتول
لما كانت بدل النفس لحرمة الادمية يجب على العاقلة قل او كثر فتامل ثم نقول قوله لان العاقلة لا يعقل ما دون
خمسماية لم يقع موقعه لان ارش جنين الحرة لا يحتمل ان يكون اقل من خمسماية وقيمة جنين الامة وان كانت
اقل ولكن لا يجب على العاقلة وان كانت خمسماية فصاعدا على ما ذكرنا من الرواية فلا يفيد قوله لان الخ الا بالنسبة
الى جنين الامة والا بالنسبة الى جنين الحرة اذ لا قل لا يكون اقل من خمسماية والثاني لا يجب على العاقلة قل او كثر
قوله وقال الشافعي رح في ذلك كله مثل لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته وهذا يشكل لما عرف
من مذهب الشافعي رح ان غرة الجنين للام وعللوه انه بدل جزءها فالتعليل بقوله لانه بدل النفس ثم التاييد
بقوله ولهذا يكون موروثا لا يكاد يستقيم على مذهبه ومن هذا قيل انه بطريق الالزام علينا لا بطريق اثبات مذهبه
ولكن يشكل بان الغرة الخالق الا ان كانت بدل النفس عنده او بدل الجزء فان كانت بدل النفس ينبغي ان
يكون موروثا وان كانت بدل الجزء ينبغي ان يقضى بها في سنة الا ان يقال انها ان كانت بدل الجزء عنده
فهي بدل النفس ايضا من حيث انه بدل الجزء يكون للام ومن حيث انه بدل النفس قلنا بوجوبها في ثلث
سنين عملا باعتبارين وانما لم يعكس لان وجوبها على العاقلة دون الضارب نبي عن التحقيق وهو في الا
الى ثلث سنين ابلغ وقلنا بجزان اعتبار جهة الجزء والنفس بعكس هذا اولى لانا وقف بما روي انه عليه
السلام جعل الغرة على العاقلة في سنة **قوله** الا ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة
فهو بدل الجزء من حيث الاتصال بالام **فان قلت** فعلى هذا ينبغي ان لا يجب الغرة اصلا لان كونه
نفسا تقتضي ان يكون الغرة لورثته كما هو مذهبنا وكونه جزءا تقتضي ان يكون للام كما هو مذهب مالك والشافعي
رحمهم الله فاختلف المستحق فاضاف عند اختلافه كما عرف فيما اذا قطع يد العبد خطا فاعتقه مولاه

ثم مات من ذلك **قلت** القياس يقتضي ان لا يجب الغرة الا انا اوجبناه بالنص بخلاف القياس
قوله اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة هذا هو الصحيح وقوله
اكثر بدون الواو بدله من قوله اقل اي اذا كان ذلك الاقل اكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ
او اكثر وفي بعضها واكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ لكن في الزج وفي بعض الشروح والتقريب
انما يتاتى اذا كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدر بنصف العشر ولم يتعرض له **قلت** بل تعرض له دلالة لان
ثلث الدية واكثر من نصف العشر اقل من الثلث لما كان واجبا في سنة فلان تجب نصف العشر اولى **قوله** لان
كل جزء منها على حدة يجب في ثلث سنين لان الدية مقدرة بثلث سنين فلو اخذ من كل واحد من العاقلة ما يخصه
في سنة واحدة لزم ان لا يتاجل الدية بثلث سنين في هذه الصورة وهو خلاف ما ورد به الشرع **قوله** وان
القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وذكر في الكافي في جنايات الحج انه لو ضرب
بطن ظبية فطرحت جنينا ميتا ثم ماتت يجب قيمتها لان الضرب سبب صالح لموتهما بخلاف من ضرب بطن امراة
فالقت جنينا وماتت تجب ضمان الاصل لا ضمان الجنين لان الجنين جزء من وجه ونفس من وجه وضمان
العبادات مبني على الاحتياط فلا يجب بالشك وجزاء الصيد مبني على الاحتياط فرجحنا فيه شبه النفسية فاوجبنا
جزاءهما هذا لفظه وهو يخالف المذكور هنا والله اعلم **قوله** فلا تجب الضمان بالشك **فان قلت**
لا اثر لهذا الشك لان الموت قد حصل فان حصل بالضرب فظاهر وان حصل بموت الام فكذلك لان موت الام سبب
لموته والضمان يجب بالتسبيب كما يجب بالمباشرة واذا حصل المقصود لا يبالي باختلاف السبب فلا يكون الشك في السبب
معتبرا **اجيب** بان ضمان الغرة ثابت بالنص على مخالفة القياس والنص ورد فيما اذا مات بضربه مباشرة
وذلك انما يكون اذا القت ميتا وهي حية اما اذا ماتت الام ثم خرج الجنين ميتا فحينئذ يتداخل الشك في موته بالضرب
الموجب للموت ظاهرا فلا يدخل تحت النص فبقي على اصل القياس **وفيه نظر** لان ضمان الجنين
تجب بالتسبيب ايضا فقد ذكر في الذخيرة ان من اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها متعمدة اسقاطه
الجنين او شربت ما يوجب سقوط الولد او وضعت في قبلها ما يطرح به الولد وادخلت في الرحم فسقط الجنين ميتا
ثم استحقها رجل بالبينة وقضى القاضي بالجارية والعقر يقال للمستحق ان امتك قتلت ولد هذا الرجل وانه حر الاصل ولد
المغرور والجنين الحر مضمون بالغرة فادفع امتك او افدها بالغرة وانما شرط التعمد لانها ليست بمباشرة للاتلاف بل هي
مسببة الى قتله والتسبيب انما يوجب الضمان اذا كان يوصف بالتعدي وعلى هذا الحرة اذا فعلت ذلك
بنفسها كان على عاقلتها الغرة ويشترط ان يكون متعمدة هذا كلامه نعلم ان المباشرة والتسبيب في اتلاف الجنين
سواء فالظاهر ان يقال انما لا يبالي باختلاف السبب اذا كان حكمهما واحدا اما اذا اختلف فيبالي به وحكم المباشرة
والتسبيب مختلف لان حرمان الميراث ووجوب الكفارة يتعلق بالمباشرة دون التسبيب ويشترط التعمد في التسبيب
دون المباشرة ثم ذكر في الحاشية **فان قلت** عموم قوله عم في الجنين غرة عبد او امة يتناول المتنازع فيه

قلت الذي اضمار كانه قال في اتلاف الجنين والشك وقع في ذلك ثم لفظها والايقال اماتة الجنين ليس بشرط لوجوب الضمان المؤدي الى ما لو القت جنينا ظهر بعض خلقه ولم يتم يجب الغرة مع ان الروح لم ينفخ فيه لان اماتته ان كانت الاشتراط فاتلافه بالضرب واخراجه في غير اوانه شرط البتة فالحقه واذا القته بعد ما مات يتداخل الشك في تلفه بالضرب اذ موت الام ايضا سبب لتلفه فلا يجب الضمان بالشك **قوله** وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى **فان قيل** فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كان انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا وفي الدماء تفضيل الذكر على الانثى ولا تفضيل الانثى على الذكر **قلنا** هذه تسوية في الحقيقة والتسوية جايزة هنا بالاتفاق وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على النصف من دية الرجل فصار العشر منها مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت الحال بمعاوضة المالكية وهذا يكون في المنفصل الى الاحد انما المالكية في الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى في معنى النشو يساوي الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور كذا في الكافي **وفيه بحث** اما في السؤال فلانه ان اراد بقوله ان عشر قيمته اذا كان انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا انه يحتمل ان يكون اكثر فهو صحيح ولكن الجواب لا يترتب عليه لظهور ان نصف دينار من ديتها يوجب ان يكون قيمتها نصف قيمته حتى يكون العشر من قيمتها كنصف العشر من قيمته بل جاز ان يكون قيمة الذكر وقيمتها اقل وبالعكس ولا شك ان قيمتها اذا كانت اكثر وقيمته اقل لزم ان يكون العشر من الاكثر اكثر من نصف العشر من الاقل وفيه تفضيل الانثى على الذكر وان اراد انه اكثر منه البتة فذلك غير مستقيم لانه انما يكون كذلك اذا كانت قيمتها نصف قيمته البتة وذلك غير لازم واما في الجواب فلظهور ان التسوية معنى انما يلزم لو كانت قيمتها على النصف من قيمته وذا غير لازم **فالظاهر** ان يقال لما وجب الحاق القيمة في الرقيق بالدية في الحر لزم في جنين الامة نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا وعشر قيمته اذا كان انثى كما يلزم في جنين الحرة نصف عشر ديته اذا كان ذكرا وعشر ديته اذا كان انثى الحاقا للقيمة بالدية ثم ما يلزم من تفضيل الانثى في بعض الصور يلزم اتفاقا والممنوع هو التفضيل النظري **قوله** ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يظهر الا عند ظهور النقصان ولا معتبر بها في ضمان الجنين فكان بدل نفسه وقد يقال هذا يناقض ما ذكر من انه بدل الجزء من حيث الاتصال بالام ولذا تاجل الى سنة لان بدل العضو اذا كان اقل من ثلث الدية يجب في سنة فلو كان المعتبر في ضمان الجزء هو النقصان لزم ان لا يكون العشر بدل الجزء اصلا لانه لا معتبر بالنقصان في الجنين فلا يصح التقريب الذي ذكره المصنف رح في بدل مسئلة التاجيل الى سنة **قوله** ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها وقد يقال حرمان الميراث ايضا عقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها الى غيرها وقد ان قاتل الجنين يحرم عن ميراثه فالظاهر هو ما ذكر في الذخيرة حيث قال ولا الكفارة على الضارب لان قضية القياس ان لا يجب الكفارة والضمان لكنا تركنا القياس بالاثار في الضمان ولا اثر في الكفارة والمعنى ان الجنين اذا انفصل

والجواب انه لما اوجب الشارع في الحر الذكر نصف عشر الدية وفي الانثى عشر نصف الدية فان اوجب في الذكر نصف عشر قيمته وفي الانثى عشر قيمتها ادى التسوية في الرقيق كالدية في الحر

ميتا اعتبر نفسا على حدة في حق غيره من العباد وفي حق بعض الاحكام حتى يصير الجارية ام ولد له وتصير المراة نفسا ويحل للمعتدة الازواج وفي حق نفسه اعتبر عضوا من اعضاء الام حتى لا يسمى ولا يرث وكذلك في حق الله تعالى اعتبر عضوا من اعضاء الام حتى لا يقام عليه صلوة الجنازة التي حق الله تعالى والكفارة حقه تعالى والجنين في حق الكفارة كعضو من اعضائها هذا كلامه

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قوله ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه اذ المانع متعنت اي المانع عن الانتفاع **فان قلت** فعلى هذا لا يجوز المنع اذا لم يضر بالمسلمين لانه متعنت وقد ذكر في الكتاب ولكل واحد من عرض الناس ان ينزعه مطلقا **فجوابه** انه ان كان متعنتا في المنع عن الانتفاع فهو ليس بمتعنت في الخصومة في الوضع او في النزع وان كان ذلك لا يضر بالعامة لان التدبير فيما يكون حقا للعامة الى الامام لتسكين الفتنة والذي يضع بغير اذنه يعاب على راي الامام فيه فلكل واحد ان ينكر عليه ولم يكن موجب الانكار متعنتا لانه ساع في تسكين الفتنة وراي نائبا اعلى من هذه **قوله** لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل **قلت** ان كان يتعذر ذلك حقيقة فهو ليس بمتعذر حكما لقيام الامام مقام الكل فيكون اذنه كاذنهم ولهذا لو تصرف في النافذ باذن الامام فليس لاحد ان يخاصمه **وان اجيب** بان كل واحد من عرض الناس فلا يتيسر له المرافعة الى الامام فلم يشترط ذلك تيسيرا ذكر بان المتصرف في غير النافذ اعتبر مباشرا للمنكر باعتبار الافتيات على راي الامام فلو اعتبر الوصول الى رايه عند ارتكاب المتصرف بلا اذنه افتياتا على راي الامام ولم يكن ذلك منكرا باعتبار الافتيات فلا يكون للواحد منهم المخاصمة في نقض تصرفه فالجواب ان الوصول الى اذن الكل متعذر حقيقة متيسر حكما بالرجوع الى اذن الامام فجعلنا للمتصرف ان ينتفع بما تصرف فيه نظرا الى جهة التعذر واعتبرنا خصومة كل واحد في النقض عملا بامكان الوصول الى اذن الكل باذن الامام **قوله** فيجعل في حق ذلك كل واحد كانه هو المالك **فان قلت** فيجب ان لا يكون لواحد ان يخاصمه **اجيب** بمثل ما مر **قوله** متعد بشغل هواء الطريق بناء كما مر من قوله وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده حكما لئلا يتعطل عليه طريق الانتفاع **وجوابه** ان التصرف المباح في الطريق العام مقيد بشرط السلامة واشراع الجناح وان كان جائزا لكنه يضر بالمارة فهو مقيد بشرط السلامة الا انه لا يرد على المرور وانه مقيد به فالاشراع ونحوه اولى فاذا لم يسلم به النفس او المال كان تعديا اذ الاباحة المقيدة بشرط فائتة عند عدمه او يقال هذا التصرف مباح بلا فيه ولكنه حرام باعتبار انه يتضمن الافتيات على راي الامام وسياتيك في الكتاب الاشارة الى جهة الوجوب **قوله** يضمن النصف اعتبارا للاحوال في الحالتين يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الاخر يضمن الكل فقلنا بضمان النصف والقياس ان لا يضمن لانه وقع الشك في سبب الضمان وقلنا انه قتيل بالميزاب لكنا لا نعلم باي طرف قتله فيجعل كانه اصابه الطرفان كما لو جرح انسان وجرح

ومات يضمن النصف ويجعل كله مات من الجراحتين كذا في الحاشية **فان قلت** لا حاجة الى تاويل الجعل بالحالتين لانا لو اعتبرنا الثلث من اصابة الطرف الخارج واصابة الداخل واصابة الطرفين فالجواب هكذا لان احد النصفين يجب في حالتين اعني حالتي الاجتماع واصابة الخارج فقط ولا يجب في حالة وهي حالة اصابة الداخل فيجب ثلثاه والنصف الآخر يجب في حالة وهي حالة اصابة الخارج ولا يجب في حالتين وهي حالة اصابة الداخل وحالة اصابة الطرفين فيجب ثلثه فثلث هذا النصف مع ثلثي النصف الآخر يكون نصفا تاما **قلت** هذا الاعتبار غير مستقيم لما عرف ان احوال الاصابة تعتبر واحدة وان كان اكثر حتى قالوا في رجل له عبد ولعبده ابن ولابنه ابن فقال احد هؤلاء ولدي والكل يصلح ابنا له انه يعتق من الاول ربعه ومن الثاني ثلثه ومن كل واحد من الآخرين ثلثة ارباعه وذلك بناء على اعتبار ان احوال الاصابة واحدة والا لزم ان يعتق من الثاني نصفه لانه يعتق في الحالتين وهو ان يكون المراد هو وابوه ولا يعتق في الحالتين وهو ان يراد احد الابنين هذا او ذاك ولكن لما كانت احوال الاصابة واحدة عتق ثلثه لا النصف نعم احوال الاصابة قد اعتبرت متعددة في رواية من التخريج الذي ذكرنا على هذه الرواية وجواب مسئلة العتق على اعتبار احوال الاصابة متعددة خلاف ذلك وربما ذكروا جواب المسئلة على هذه الرواية لما نص عنه في الكافي ثم بناء الجواب على اعتبار الاحوال الثلثة اعني اصابة الداخل واصابة الخارج واصابة الطرفين اولى من بنائها على اعتبار الحالتين اعني اصابة الداخل واصابة الخارج كما ذكر في الكفاية اذ لا وجه لاهمال الحالة الثالثة اعني اصابة الطرفين **قوله** اعتبارا للاحوال واحدة لانه لا يمكن ترجيح احدهما على الآخر بخلاف ما اذا ماتت الام بالضربة فالقت جنينا ميتا لا يجب شيء لانه امكن الترجيح هنا لان الموت يحصل اجزاء من الضرب فيضاف اليه كذا في الحاشية **وفيه نظر** لان ضمان الجنين في هذه الصورة انما ينبغي باعتبار وقوع الشك في سبب الضمان على ما مر في الكتاب ولو كان موت الجنين مضافا الى موت الام لكان ينبغي ان يجب ضمانه على الضارب لانه صار مسببا لقتله وضمان الجنين كما يجب بالمباشرة يجب بالتسبيب ايضا على ما حققناه وايضا الضرب مباشرة والموت تسبيب والمباشرة راجحة فامكن ترجيح الضرب فلا وجه ان يقال ان الجمع بين التسببين انما يصح اذا كان حكمهما متحدا وفي مسئلة الجنين حكم الضرب والموت مختلف على ما ذكرنا من اختلاف حكمي المباشر والتسبيب فلا جرم لم يجمع بينهما ما هنا فالكل تسبيب فامكن الجمع فيجمع **قوله** ولو استاجر رب الدار العملة الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال اخرج الجناح لا اجله ابواجنا حالي على فناء داري فانه ملكي او لي حق الاشراع من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قال ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان على الاجراء ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا بين اسقط قبل فراغ العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامره فكان له ان يرجع عليه كما لو استاجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة يضمن الذابح ويرجع به على الآمر وان قال اشرعوا على فناء داري واخبرانه ليس له حق الاشراع في القديم او لا خبر بنا بامره وسقط ما تلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ

فلكل

فلكل على جواب القياس وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر كذا في الشرح فهذا يعرفان ما ذكر في الكتاب من التفصيل واختلاف الجواب فيما اذا سقط قبل الفراغ او بعده فذلك اذا لم يقل المستاجر انه ملكي او لي فيه حق الاشراع ولكن التعليل الذي اشار اليه المصنف رح بقوله لان التلف بفعلهم الى آخره يدل على ان الجواب لا يختلف سواء قال انه ملكي او لم يقل لانه رتب وجوب الضمان على انقلاب فعلهم قتلا وكون القتل غير داخل في العقد فاذا كان فعلهم قتلا لم يكن داخلا تحت الامر سواء كان انه ملكي او لي حق الاشراع او لم تقل فاذا لم يدخل تحت الامر اقتصر الامر عليهم **قوله** يزلق به زلقت رجله من باب لعب زلقا اي دحضت **قوله** اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة **قلت** النكتة الاولى منظور فيه لما مر انه لما تعذر الوصول الى اذن الكل جعل في حق كل واحد كانه المالك وجعله حكما كيلا يتعطل عليه الانتفاع هذا لفظ الكتاب وانه تصريح بان هذا التصرف في نفسه جائز وان كل واحد كانه هو المالك وحده فلا يكون متعديا بالنظر الى انه تصرف في حق الغير **قوله** فكان كالامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا **فان قلت** لا عبرة بالظاهر مع التيقن بخلافه سلمنا انه التيقن باعتبار انه يحتمل ان يكون كاذبا في قوله انه لي بالحفر فيه ولكن لا نسلم انه يكون ظاهرا في الصدق ~~فيكون هذا الظاهر في الصدق~~ فيكون هذا معارضا بظاهر آخر لا ان يقال لما تعارضا تساقطا وصار كانه استاجرهم ولم يقل شيئا **قوله** وللابس ان ينقص حفظ ما يلبس مخرج بالتقييد بما ذكرنا اي بوصف السلامة مشكل لما سيجيء آخر فصل من قطع يد رجل ان استيفاء القصاص في الطرف مقيد بوصف السلامة حتى لو مات من القصاص منه فيما دون النفس بسراية الجراحة اليه يضمن المستوفي عند ابي حنيفة رح في الكتاب بان استيفاء القصاص مباح فيتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق مع ان الاحتراز عن السراية بعد القطع غير ممكن فيتقيد بشرط السلامة فيما لا يمكنه الاحتراز عن التلف الزيتقيد فيما يمكن ولكن يخرج فيها ادبي وجوابه سياتيك **قوله** لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد فيه المستاجر متعد فترجح جانبه ولذا قال التسبيب لا يوجب الضمان الا بالتعدي فما كان من التسبيب بلا تعد لا يكون موجبا للضمان فلا تعارض التسبيب المقرون بالتعدي والترجيح يستدعي بعد المعارضة والمعارضة هنا فلا ترجيح **قوله** ولا يعرف ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر هذا نظير المندوب كذا في الحاشية **قلت** ذكر المصنف رح قبيل فصل الشهادة في القتل ان الواجبات لا يتقيد بالسلامة ومثله بالرمي الى الكافر حيث قال والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي فهذا يدل على ان الرمي الى الكافر واجب غير مقيد بشرط السلامة وما ذكر هنا يدل على انه مندوب مقيد بوصف السلامة فلا يخلو التوفيق نوع صعوبة

فصل في الحائط المائل

ولو اذا امتنع صار متعديا **فان قلت** اذا وضع خشبة في الطريق ثم باعه وبرئ اليه منها فما تلف به فضمانه على البايع دون المشتري وعلى ما ذكرهنا من وجه الاستحسان يقتضي ان يضمن المشتري ايضا اذا طولب رفعها فلم يرفعه حتى تلف به كما لا قلنا **اجيب** بان المشتري وان صار متعديا بالامتناع عن دفعها

بعد ما طولب به كصاحب الحائط لكن التعدي من البائع بالوضع اظهر من التعدي من المشتري بالامتناع عن
الرفع فيضاف الضمان الى البائع **قوله** ولانا لو لم يوجب عليه الضمان لامتنع عن التفريغ وقد يقال
لكن ممتنع عنادا و انه يجبر عليه ويحبس ص لانه امتناع عن ايفاء حق مستحق فكل من امتنع عن مثله يحبس
حتى يوفي كالغاصب اذا امتنع عن التسليم فالظاهر انه لا يمتنع حذرا عن الحبس فيرتفع الضرر عن العام
قوله ولو عطب بجرة كانت على الحائط الخ اذا وضع الرجل على الحائط شيئا فوقع ذلك الشيء
فاصاب انسانا فلا ضمان عليه لانه وضع على ملكه وهو الكون متعديا فيما يحدث في ملكه سعيا كالحائط مائلا او غير مائل
لانه في الموضعين الكون ممنوعا من وضع متاعه على ملكه كذا في المبسوط ولكن في رواية المبسوط ذكر
سقوط الجرة وحدها وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة كذا في الشرح **قلت** ظن
الشارح ان رواية الكتاب تخالف رواية المبسوط وليس الامر كذلك لان في المبسوط وضع المسئلة فيما اذا
الف تقع الشيء الموضوع على الحائط وفي الكتاب وضع المسئلة فيما اذا عطب بالنقض او بالجرة الواقعتين في الطريق
كما يشعر تعليله بقوله لان التفريغ اليه اي تفريغ الطريق واليه عنه معوض الى **قوله** فعليه
اي فعلى كل واحد من حافر البير وباني الحائط كذا في الشرح **قلت** الحاجة الى التاويل بكل
واحد لصحة افراد الضمير في مثل هذا **باب جناية البهيمة والجناية عليها**
قوله لما اوطيت والصحيح وطات الدابة الكل اتقول اوطات فلانا الدابة فوطيت اي الفسه
لماحتى وضعت عليه رجلها **قوله** او خبطت يقال خبط البعير الارض اي ضربها بجسدها كذا
في الجوهر وفي الشرح الخبط الضرب باليد والصدم ضوان يضرب الشي بجسدك **قوله** والتقييد
فيما لا يمكن التحرز عنه الخ **قلت** هذا يشكل على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه بما اذا توفي من له القصاص
في الطرف ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعلله بان استيفاء
القصاص من باب الاباحة والمباحات تتقيد بوصف السلامة فيتقيد الاستيفاء ووجه الاشكال ظاهر
ان المباحات انما تتقيد بوصف السلامة اذا امكن التحرز عنه على ما صرح به ههنا ولا يخفى ان التحرز عن
عن السراية في استيفاء القصاص غير ممكن فكان في التقييد به سد باب الاستيفاء وهو مفتوح فينبغي ان لا يتقيد
هناك ايضا الا ان يقال ان المباح ان كان من ضرورات الانسان كالمرور في الطريق انما يتقيد بشرط السلامة
اذا امكنه الاحتراز عنه اما اذا لم يكن من ضرورات كاستيفاء القصاص فانه مباح ليس من ضروراته لانه
لحق بالمورث بالعفو عنه ندبا يتقيد مثله بوصف السلامة سواء امكننا الاحتراز عنه او لم يمكن لان التقييد
به مطلقا لا يفضي الى حرج بخلاف القسم الاول حيث يفضي الى سد باب ما هو لا حرج على تقدير سده
كما في المرور اي انتقال الفعل الى الحامل بحيث يكون المحمول الة والحامل مباشرا انما يكون بالتخويف
تقييد السلامة مع علمه بامكان الاحتراز عنه فشرط امكانه دفعا للحرج **قوله** وانتقال الفعل بتخويف القتل

بالقتل اما بالضرب وهذا التخويف بالضرب فلا ينتقل الفعل اليه بحيث يكون مباشرا للاتلاف حتى يضمن مطلقا
تعدى او لم يعد امكنه التحرز عنه او لم يمكنه كما ذهب اليه الشافعي رح وبهذا المعنى يسقط ما ذكر في الحاشية
من انه ينبغي على هذا ان لا يضمن الراكب ولا السائق ولا القائد شيئا لانه لم ينتقل اليهم فعل الدابة والتعدي
لم يوجد بفعلهم حقيقة فسقط الضمان اصلا وكذا اذا ارسل بهيمة وقد كان لها سائق في فورها يضمن لان
الفعل انتقل اليه بواسطة السوق مع انه التخويف بالقتل لم يوجد الى هنا لفظها ووجه السقوط على ما ذكرنا من
المعنى ظاهر ان المراد انتقال الفعل بحيث يكون الحامل مباشرا على ما قاله الخصم لا الانتقال بجهة التسبيب
حتى يرد مسئلة ارسال البهيمة ونحوها لان الانتقال هناك من حيث التسبيب لا من حيث جعل الحامل مباشرا والمحمول
كالالة فتامل **قوله** ان فعل مباح في نفسه فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان وقد يقال سلمنا انه
لا يصلح مستندا للاضافة الضمان ولكنا لا نسلم انه لا يصلح لقطع اضافته عن غيره وجاز ان يكون الشيء غير صالح للضمان
الضمان ويصلح لقطعه عن غيره كفعل البهيمة فانه لا يصلح للاضافة ولكنه يصلح للقطع حتى لو فتح باب القفص فطار
الطير ابعض النافح فاعتبر فعل الطائر قاطعا للضمان عن النافح وله غير نظير **قوله** فرجحنا بما ذكرنا
فان قلت ما يصلح علة لا يصلح مرجحا **قلت** القياس لا يصلح علة في مقابلة النص فيصلح مرجحا كذا في
الشاهان **قلت** هذا مبني على ما نقل عن بعض مشايخنا رح ان النصين المتعارضين ان كان لا يترجح احدهما
بنص آخر ولكنه يترجح بالقياس لان القياس غير معتبر في مقابلة النص فكان بمنزلة الوصف للنص الذي يوافقه
فصلح مرجحا ولكن الاصح انه لا يترجح لان القياس من جنس ما يصلح حجة بطريق الاصالة وان لم يكن حجة في هذا
الموضع فالوجه ان يقال ان المراد بقولنا رجحنا هو ترجيح قول على قول كما ذكر في الترجيح هذه الرواية
التي ذكرنا كما هو المذكور في الشاهان **قوله** فيأخذه ورثة الحر المقتول **فان قلت**
ينبغي ان يسقط من العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت حتى يقضي بها ديونه وينفذ منها وصاياه والورثة
يخلفونه والعاقلة يتحملون عنه موجب جنايته فلما ملك الميت ما يحمل للعاقلة سقط عنهم كما قلنا في المرأة اذا قطعت
يد رجل خطأ ثم تزوجها على اليد وما يحدث منه يصير الدية مهرا ويسقط عن العاقلة **قلت** انما يسقط
عنهم اذا كان الراجع هو الجاني كما في مسئلة المرأة اما هنا فالراجع على العاقلة ورثة الجاني فبالنظر الى ان المستحق
هو الجاني يسقط وبالنظر الى ان الراجع عليه غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك كذا في الشاهان **قلت** فيه انما
يسقط اذا كان الراجع عليهم هو الجاني منقوض بما اذا وجد الرجل مقتولا في دار نفسه حيث يجب الدية على
عاقلته ورثته لورثته فالراجع هو الورثة وهم جاني الاثم قتلا تقديرا والعاقلة يتحملون عنهم وهم يرجعون
عليهم فعلم انه لا اعتبار للراجع انما الاعتبار للمستحق وهو المقتول لانه المستحق والمالك والورثة انما يرجعون
على العاقلة بنيابته فكان هو الراجع في الحقيقة فيشكل فيما نحن فيه بان المستحق هو الميت والعاقلة يتحملون
عنه فمن الحال ان يرجع هو عليهم بموجب جنايته فالاوضح ان يقال بالفرق بين مسئلة التزوج وهذه المسئلة ان

لما فيه من الدية فيكون العاقلة صارت المرأة مالكة لما تحمله العاقلة فلما اضيف الي ما تحمله العاقلة صارت المرأة مالكة لما في ذمتهم فيكون العاقلة
ان الدين يملك باضافة النكاح اليه فلما اضيف الي ما تحمله العاقلة صارت المراة مالكة لما في ذمتهم فيكون العاقلة
متحملة موجب جنايتها لاجلها وذا لا يجوز فاما ههنا فالميت لا يملك ما في ذمتهم حتي يلزم تحمل موجب جنايته لاجله
بل هو حلول مولي العبد الان حق الميت تعلق به بحيث لا يصح للمولي استيفاؤه لنفسه وذلك ان العبد الجاني
لا يدخل به في ملك المجني عليه بمجرد الجناية ما لم يدفع اليه ولكن يتعلق به حق المجني عليه فكذا بدله لا يدخل في ملكه
بل يتعلق به حقه فاذا لم يملكه لم يلزم تحمل موجب الجناية لاجل الجاني لانهم يتحملون وذلك لا يوجب السقوط عنهم
بخلاف مسئلة المراة انها يملك بالنكاح عين ما يتحملون عنها فيصير التحمل في الاخرة لها وذلك باطل فيسقط ضرورة
فان قلت لما ان المراة الجانية تملك بالنكاح ما تحملت العاقلة عنها كذلك ورثة الميت فيما اذا وجد
الرجل مقتولا في دار نفسه تملك ما تحملت العاقلة عنهم لكونهم قتلة تقديرًا فينبغي ان يسقط عن العاقلة كما سقط
في مسئلة النكاح **اجيب** بان التركة قبل القسمة في حكم ملك الميت حتي يقضي منها ديونه وينفذ
وصاياه فلا يدخل في ملك الجاني من كل وجه حتي يسقط عنهم كيف ولو سقط باعتبار ان الملك في الحقيقة
للورثة يتضرر به الميت كثير وان الورثة انما يملكون بنيابة عن المورث فكان المالك في الحقيقة هو الميت
بخلاف المراة فانها تملك بالنكاح عين ما يحملته العاقلة اصالة لا نيابة ورب ما يثبت الشئ بيانه ولا يثبت اصالة
الا يري ان من باع عبد غيره ثم برهن في حيوة رب العبد علي اقرار المشتري انه ما بالبيع فانه لا يقبل منه
لانه متناقض اما لو مات رب العبد وورثه البايع ثم برهن علي اقرار المشتري بذلك يقبل لانه في حيوة المورث
لو قبل منه علي هذا الوجه فانما يقبل من حيث انه اصل ومن حيث هو اصل هو متناقض وبعد الموت
انما يقبل من حيث انه نايب عن الميت والميت الوارث بنفسه لا يكون مناقضا فكذا ما هنا كذا في الكافي **قوله**
انه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة فيصير مغرورًا من جهته والمغرور يرجع علي الغار والاصل بان المغرور
انما يوجب الضمان اذا كان في ضمن عقد المعاوضة والغرور هنا ليس في ضمنه ان عقد المعاوضة انما يشترط
لوجوب الضمان بالغرور اذا لم يكن المغرور عاملا للغار اما اذا كان عاملا له فيرجع وان لم يكن هناك عقد
معاوضة الا يري ان المودع يرجع علي المودع بما لحقه من الضمان مع ان الوديعة ليست بعقد معاوضة وكذا
المرتهن يرجع علي الراهن بالعهدة التي لحقته والرهن ليس بعقد معاوضة بل عقد تبرع علي ما عرف وفيما نحن
فيه القائد عامل للرابط لانه انما يعود بالقود من جهة الرابط دلالة ولهذا لا يرجع فيما اذا لم يكن ما عوده لانه
كان الربط حالة الوقوف لانه غير امر في هذه الصورة بالقيادة لا صريحًا ولا دلالة ثم ههنا بحث وذلك ان الدلالة
لا تعمل عمل الصريح في حق الرجوع الا يري ان المولي لو راي عبده يتجر فسكت يصير العبد ماذونا ولو ظهر ان العبد
كان حرًّا او استحقه مستحق لم يرجع الغرماء علي المولي اما لو قال هذا عبدي اذنت له في التجارة فبايعوه
ثم ظهر انه كان حرًّا او عبدًا لغيره رجع الغرماء علي المولي لان الاذن بالمبايعة مصرح به ههنا وفي الوجه
الاول مسكوت عنه فظهر ان الدلالة لا تعمل عمل الصريح في حق الرجوع **وجوابه** ظاهر وذلك ان الرجوع

علي المولي عند ظهور العبد حرًّا او مستحقًّا ليس باعتبار الاذن نفسه حتي يرجع عليه الغرماء متي وجد
الاذن منه بل باعتبار تغريره الناس بقوله هذا عبدي والتغرير لا يثبت عند ثبوت الاذن بسكوته عند
معاينة المتصرف منه فلا يثبت الرجوع المبني عليه ايضا **قوله** ان الربط من القود بمنزلة التسبيب
من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط والاشكل ان المباشرة اقوي في اضافة الحكم اليه وبهذا يشكل ما
اشار في الذخيرة ان المتسبب والمباشرة انما لا يضمنان اذا كان التسبب شيئًا لا يعمل مع الاتلاف متي انفرد
عن المباشرة اما اذا كان شيئًا يعمل فيه عند الانفراد فيضمن مع المباشرة كالسابق مع الراكب فانهما يضمنان ما
وطئت الدابة في الصحيح والخفي ان الربط هنا مما يعمل في الاتلاف مع عدم القود **قوله** ان الفعل
ينتقل اليه بواسطة السوق **فان قيل** قد مر ان انتقال الفعل بتخويف القتل لا بتخويف الضرب **قلنا**
قد مر جوابه فلا نعيده **قوله** ولانه انما يمكن العمل بها باربعة اعين عيناها وعين المستعمل فكانها ذات
اعين اربع فيجب الربع لفوات احدها **قال** الشارح والمعتمد من التعليل الاول الا يري ان العينين لا يضمنان
بنصف القيمة كذا ذكره الامام فخر الاسلام رح وانما قال العينان لا يضمنان لانه ذكر الامام التمرتاشي رح بقوله لو فقا
الاخري او فقاهما يجب القيمة ان يسلم الجثة وفي جامع بزرنا عيني الدابة فصاحبها بالخيار ان شاء تركها علي الفاقي
وضمنه القيمة وان شاء امسكها وضمنه النقصان ولهذا ان المعقول في هذا الباب النص والنص ورد في عين
واحدة فيقتصر عليه الي هنا لفظه **قلت** انها ان كانت ذات اربع اعين في الحكم فهي في الحقيقة ذات اعين
فعملنا باعتبار الحكم والحقيقة جميعًا فقلنا بانه اذا فقاء احدي عينيه يجب الربع اعتبارًا بالحكم واذا فقا كلتا عينيه
تجب القيمة ان سلم الجثة والنقصان ان امسكها كما هو الحكم في عيني المملوك عند ابي يوسف ومحمد رح وهذا لانا لو
اوجبنا نصف القيمة بفقء عينيه وعند ذلك علم بان ضمان العينين متحد بضمان الكل وضمان الكل يوجب
تملكه في محل يقبل التملك كما عرف في ضمان عيني المملوك لزم ان يتملك الجثة بتمامها عند اداء نصف الضمان وذلك
غير معهود في الشرع لما فيه من فوت المساواة المطلوبة في ضمان العدوان فاضطررنا الي اعتبار الحقيقة
في حق العينين فتعين اعتبار الحكم في حق احديهما فاوجبنا نصف القيمة في فقء احدي العينين وكلها في
فقء كليهما وهذا هو المقصود **قوله** ومن سار علي دابة في الطريق الي قوله كان ذلك علي الناخس
دون الراكب **فان قيل** القياس يقتضي ان ينقلب الحكم وهو ان يجب علي الراكب دون
الناخس لان الراكب مباشر والناخس مسبب **قيل** جوابه مندرج في تعليله بقوله لان الراكب
والمركب مدفوعان بدفع الناخس وتقريره ان الراكب وان كان مباشرا الا انه غير متعد لان الدابة هي التي
وثبت فصار فعل الراكب منقولا الي الدابة والمباشر اذا كان مضطرًا في المباشرة لا يعتبر مباشرته كما في المكره
الكامل كذا في الشرح **قلت** هذا السؤال والجواب وقع في غير موقعه اذ الراكب انما يكون مباشرا فيما وطئت
الدابة لا فيما نفحت او ضربت بيدها او نفرت فصدمت وانما هو في النفحة مسبب كالناخس والمصنف رح فرض

قوله لان الراكب مباشر فيه التلف وصاحب ... قلت تضمين الراكب فيما اوطاء الدابة مباشر ... وسايق الدابة فيما اوطاء مسبب ... في الكافي ان ضمان ما اوطاءت الدابة علي السايق والراكب ... نصفين فلو كان الراكب مباشرا فيما اوطاء الدابة والسايق ... مسببا وجب ان يكون الضمان علي الراكب دون السايق ... لا عبرة بالتسبب مع وجود المباشر وجوابه ... ان الراكب ليس بمباشر حينئذ انما يكون شبه المباشر ... قوله والشبه يكفي لاجل الكفارة التي غلب فيها معني العبادة ... بل يعتبر في وجوب الضمان فصار شبه ... الضمان كالعدم فيكون متسببا فيجب الضمان عليهما ... علي انه دفع سؤال ان الضمان علي الراكب دون السايق فتامل

المسلة في النخعة والضرب باليد والصدمة الى الوطي فلا يتوجه عليه هذا الاشكال الا ان يقال يجعل حكم
الكتاب عاما تجوزا وحذف معطوف في يتوجه الاشكال او يقال المراد بقوله الشارح الى قوله كان ذلك
على الناخس هو ما ذكره المصنف رح اخرا من قوله ولو وثبت بنخسه على رجل فاوطاته وقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب في يتوجه الاشكال على مسلة وطي الدابة المذكورة اخرا **قوله** والان
الناخس متعد في التسبب والراكب غير متعد وهذا التعليل لا يطرد فيما اذا كان الراكب مباشرا لما في صورة
وطي الدابة رجلا اذ التعدي لا يشترط في المباشرة فكانت المباشرة بلا تعد اقوى من التسبب بالتعدي فلا يستقيم
ترجيح الضارب المسبب على الراكب المباشر **قوله** حتى اذا كان واقفا دابته على الطريق يكون
الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد بالاتفاق ايضا **قلت** هذا على التعليل الثاني مستقيم اما
على الاول فيجب ان لا يلزم الضمان على الراكب وان كان متعديا بالاتفاق لان الراكب مع المركب لما كان مدفوعا
بدفع الناخس كان فعل الدابة مضافا اليه وكان الراكب خارجا من البين لانه واسطة الاتلاف فصار كالجماد
ينبغي ان لا يجب الضمان عليه بمقتضى التعليل الاول بحال وايضا قد عرفت انه لا يجب الضمان على القائد والرابط ابدا
بطريق الشركة لان الربط والقيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط ولا يخفى ان
الراكب عند الامساك من الناخس كالرابط من القائد وثمه يجب الضمان على القائد لقوته واتصال التلف وان
كان يرجع على الرابط لانه هو الذي اوقعه فيه فكذا هنا ينبغي ان يضمن الناخس ولكنه لا يرجع على الراكب
لان الراكب لم يوقعه فيه **قوله** وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اذا لم يامره بالايطاء والنخس منفصل
عنه يضمن عاقلة القائد ما اوطات الدابة ثم يرجعون به على عاقلة الرابط مع ان الرابط امر بالقود دون
الايطاء والقود منفصل عنه ووجه الفرق لان الرابط وان كان امرا ولكن امره على وجه لا يمكنه التحفظ
من الايطاء حيث لم يعلمه بالربط فكان مغرورا من قبله فيرجع عليه دفعا للغرور حتى لو علم القائد بالربط
لا يرجع عاقلته على عاقلة الرابط لعدم الغرور اما هنا فالراكب امر بالنخس على وجه يمكنه التحفظ من
الايطاء فاذا وطئت الدابة بالنخس وقع فعله ايطاء لا نخسا فيصير لا يرجع على الامر لانه في الايطاء ليس بعامل
للامر حيث لم يامره به وليس هو مغرورا فيه ايضا لتمكنه من التحفظ فلا يرجع عليه او نقول ان ما لا يمكنه
الاحتراز عنه فهو يدخل تحت الامر كالنفحة فانه يدخل تحت الامر لعدم امكان الاحتراز عنه حتى لو امره بالنخس
فنفحت لم يضمن الناخس والايطاء في مسلة الربط ايضا مما لا يمكنه الاحتراز عنه بجهل الرابط من حيث انه
لم يعلم به فدخل تحت الامر فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بخلاف الايطاء في مسلة النخس فانه يمكنه الاحتراز
عنه فافترقا **قوله** وصار كما اذا امر صبيا الخ وقد يقال هذه المسلة ليست بنظير للمتنازع فيها لان الامر
في هذه المسلة غير صحيح لعدم الولاية على الصبي وانعدام ولاية الالتزام له فصار امره بتسيرها وعدمه بمنزلة
بخلاف امر الناخس فانه صحيح لانه من اهل الالتزام فافترقا **قوله** والضمان في رقبته اي الضمان

معلق

معلق برقبته دفعا وفدا **قوله** واذا كان صبيا ففي ماله يحتمل ان يراد اذا كانت الجناية
في المال او فيما دون ارش الموضحة فقد ذكر في شرح المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل في ان
ضمان الدية على العاقلة الا انه يوخذ بافعاله وهكذا ذكره خواهر زاده رح في المبسوط والظاهر انه الحاجة الى
التاويل لما عرف ان الضمان في الحقيقة يجب على الجاني غير ان العاقلة يتحمل عنه لئلا يودي الى اجحافه
فصح ان يقال باعتبار الحقيقة المراد ان الناخس اذا كان صبيا فالضمان في ماله كما وقع في المبسوط في مسلة
القائل والرابط من قوله ضمن القائل ثم يرجع به على الذي ربط فقد اعتبر وجوب الضمان على القائل وهو
واجب على عاقلته واعتبر الرجوع على الرابط وهو على عاقلته فظهر ان الضمان فيما اذا وجب على عاقلته
صح هناك اضافة الوجوب الى الجاني في ماله نظرا الى حقيقة الامر هذا وقد صح قوله في ماله بحذف المضاف من الضمير
اي في مال عاقلته ثم **قوله** في ماله اشمل من قوله على عاقلته لانه لا يشمل جناية المال وما دون ارش
الموضحة بخلاف قوله في ماله لان الجنايات كلها يجب على الجاني في ماله غير ان النفس وما فوق الموضحة
يتحملها العاقلة عنه والمال وما دون ارش الموضحة لا يتحمل فكان اشمل فكان اولى **باب جناية
المملوك** **قوله** وقال الشافعي رح جنايته في رقبته اي موجب جنايته وهو الدية واجبة
على العبد يباع فيه قبل العتق ويوخذ منه بعده كالعبد المديون الذي ظهر دينه في حق المولى فانه يباع
في الدين ويوخذ منه الدين بعد عتقه وحاصل الاختلاف ان موجب جناية العبد خطأ عندنا
على المولى وهو الدفع او الفداء بخيار ايهما شاء وعنده موجب جنايته الدية الواجبة على العبد يباع
فيه ما دام رقيقا ويوخذ منه اذا عتق **قوله** لان الاصل اي وجوب العقل اي الدية على غير الجاني
بالقرابة اي القرابة المؤكدة بالولاية وهذه القرابة فائتة للعبد الا مع المولى فلا معنا القرابة اذ لا قرابة
بينهما من حيث انه مولاه وهو عبده والا مع غيره فلا معنا الولاية هذا الطريق هو الصحيح في توجيه
تعليل الشافعي رح ولفظ الكتاب لا يخلو عن بحث **قوله** والمولى عاقلته وقد يقال سلمنا
انه عاقلته ولكن العاقلة لا يعقل العبد لقوله عليه السلام لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة **وجوابه** ان قوله ولا عبدا يحتمل ان يكون معناه
عاقلة العبد لا يودي موجب جنايته وان يكون معناه ان عاقلة الشخص لا يودي ما وجب عليه بجنايته على
عبد وهو قيمته فيكون محتملا فلا ينافي ما ادعيناه من وجوب موجب جناية العبد على عاقلته التي هي
مولاه **قوله** بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم قد نص المصنف فيما سياتي بان الكفار
يتعاقلون فيما بينهم وان اختلف ملكهم لان الكفر ملة واحدة قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة
اما اذا كانت ظاهرة ينبغي ان لا يتعاقل هذا لفظه فقيل ما ذكر هنا محمول على ما اذا كانت المعاداة بينهم
ظاهرة وقيل معناه لا يتعاقل ولكنه ضعيف وسياتي وجهه **قوله** ولهذا يبسط

الموجب بموت العبد **فان قيل** هذا ينتقض بابتداء فانه اذا اتلف العبد مال انسان ثم مات يطالب المولى بضمانه مع ان في اتلاف المال لم يشرع الدفع **قلنا** في اتلاف المال الدفع حاصل ايضا لان الغرماء هم الذين يتولون بيع العبد فكان العبد مدفوعا اليهم كذا في الزيادات **قلت** في اتلاف المال الضمان انما يكون على العبد دون المولى لان المولى عاقلته والعاقلة بعقل النفس دون المال فيسقط بموت العبد ضرورة انه مديون مات مفلسا اما الواجب في اتلاف النفس من الدفع او الفداء فعلى المولى فلو كان الموجب الاصلي في النفس هو الفداء لما سقط بموت العبد كما لا يسقط بموته صدقة الفطر ولكنه يسقط فعلم ان الواجب الاصلي هو الدفع دون الفداء وهذا استدلال صحيح نعم يشكل بان سقوط الواجب لا يدل على كونه الواجب الاصلي لجواز ان يكون سقوطه باعتبار ان الفداء واجب بصفة اليسر واليسر انما يكون في التخيير بين الدفع والفداء وعند تعذر الدفع بموته لا يبقى هذا اليسر فلا يبقى الواجب اصلا ايضا اذ الواجب بصفة اليسر لا يبقى واجبا دونه كالزكوة يسقط بهلاك النصاب **قوله** غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح وقد يشكل بان المولى انما يوخذ بموجب جناية العبد باعتبار انه عاقلته اذ العبد يستنصر على ما مر من قبل والعاقلة انما يتحمل لا يتحمل الا الارش فيكون هو الواجب الاصلي غير ان للمولى ان يقول انما لحقني هذا البلاء بسبب ملكي فلي ان اتخلص عنه بنقل ملكي فيه الى المجني عليه فادفعه بالجناية ولهذا من جعل الموجب الاصلي هو الدفع لا يجعل المولى عاقلته فقد ذكر في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نقض محمد ان الواجب الاصلي هو العبد وان المولى ليس بعاقل والعاقلة للعبد ان ولاية العراقة منقطعة بالرق والمولى ما استرد لبعد اليه وبعاقل عنه بل يستخلصه هذا لفظه فقول الشارح فمن جعل المولى عاقلة للعبد وجعل الموجب الاصلي هو الدفع دون العراء بالارش كما فعل المصنف فمذهبه مشكل ثم قوله في الصحيح احترازا عن رواية اخرى ذكرها الامام التمرتاشي والصحيح ان الاصل هو الدية والارش لكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني ويرد عليه ان الفداء يجب حالا فلو كان هو الموجب الاصلي لوجب مؤجلا ان تعجيل الارش غير معهود **فجوابه** ان الفداء جعل في الشرع بدلا عن العبد ولهذا يسمى فداء فياخذ حكمه والتاجيل في العبد باطل فكذا في بدله والعدوان يكون الشيء بدلا وكان هو الموجب الاصلي للسبب كما في الغصب اذ الواجب الاصلي فيه هو القيمة عند اكثر المشايخ مع انها يجب بدلا عن المغصوب بالاتفاق ثم تبعض المسائل يدل على ان الواجب الاصلي هو الفداء وسنبين ان شاء الله تعالى **قوله** وعند اختياره الواجب عين وهنا اعتراض صعب وهو ان الواجب ان كان عينا كما ذكر فلا وجه له اذ لا عيان لا يوصف بالموجوب وان كان دفع عين كما احتمله اللفظ على طريق حذف المضاف فهو معنى والمانع من التاجيل في المعاني ودفعه ابرا هو ادا

ايتنت كذا في الحاشية ووجه الدفع ان المعنى بتاجيل الاعيان هو تاجيل تسليمها وكذا بتاجيل الديون اذ المعنى لتاجيل العين والدين سوى هذا غير ان تاجيل الاعيان بالمعنى المذكور باطل لان التاجيل شرع للتفصيل ثم فيهما والعين حاصل وتاجيل الحاصل باطل اما الديون فغير حاصلة فيصح تاجيل تسهيلا للامر في تحصيلها **قوله** فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع اي في حق مولى العبد الجاني لان الواجب عليه هو دفع العبد غير انه ان اراد ابقاء العبد لنفسه اداه اي المنقول بدلا عن العبد فكان الارش في حقه عوضا عن العبد ولا تاجيل في العبد فكذا في بدله **قوله** وان مات بعدما اختار الفداء ثم هو اي سواء اختار المولى الفداء قولا او فعلا ثم برئ المولى عن الفداء كذا في الشرح **قلت** هذا التعميم باطل لانه قوله لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى لظهور ان التحول انما يكون اذا اختاره قولا اذ الاختيار بالفعل يوجب سقوط الحق فمن المحال ان يوجب ثبوته وجوابه ان اختيار الفداء بالفعل لا يوجب سقوط عن الذمة لما عرف ان اداء الدين لا يوجب سقوطه عن الذمة بل تقرره فيجوز ان يكون الاختيار به موجبا ثبوت الدين في الذمة ويظهر فايدة فيما اذا استحق الفداء من ولي الجناية فانه ياخذه من المولى او من تركته جبرا ولا يكون له اختيار في دفع العبد ثم قد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين كفارة اليمين من حيث ان احد الانواع انما يتعين في الكفارة بالفعل وهنا يتعين كل من الدفع والفداء بالقول كما يتعين بالفعل مع وجود التخيير في الموضعين والفرق ان المقصود في حقوق الله تعالى هو الفعل والمحل تابع وفي حقوق العباد المقصود هو تعيين المحل حتى يتمكن صاحب الحق من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل والحاصل ان التخيير في مسئلة الكفارة في الاداء لا في التعيين فلا يحصل بالقول وهنا التخيير في التعيين والتعيين يحصل بالقول والفعل جميعا **قوله** ولو قتل واحدا وفقا عين آخر يدفعهما اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس **قلت** وهذا يدل على ان الموجب الاصلي في جنايات العبد هو الفداء بالارش دون الدفع كما قال المصنف رح اذ لو كان الاصل هو الدفع لكان العبد في الصورة منها نصفين لاستوائهما في استحقاق كل العبد لما عرف ان صاحب الطرف يستحق دفع كل العبد كصاحب النفس فلما كانت القسمة هنا باعتبار الارش دل على ان الارش هو الواجب الاصلي كما هو مختار الامام التمرتاشي والامام فخر الاسلام رحمهما الله الا ان يقال الموجب الاصلي في حق المولى ان كان هو الدفع فهو في حق ولي الجناية هو الارش فاولياء الجناية لا يقتسمون الا على حسب حقوقهم في الارش **قوله** بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا اقر رجل في يده العبد بانه لفلان اي الصبي مختارا للفداء كما ذكر في الكتاب وهذا الذي ذكره انه ليس مختارا للفداء فيما اذا ثبت بالبينة انه لفلان اما اذا لم يثبت فلا لانه ذكر في المبسوط ولو ان عبدا في يد رجل جنى فقال ولي الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة لفلان فان اقام على ذلك بينة اخر الامر فيه حتى يقدم الغايب والمخاطب بالدفع او الفداء وقال زفر رح هو مختار للدية بمجرد قوله لفلان لانه زعم انه

الا سبيل له على دفعه فيجعل هو متلفا الرقبة مختارا للفداء ولكنا نقول هو في كلامه
هذا يزعم انه ليس بخصم في هذه الجناية اصلا واخباره مبني على كونه خصما فاذا ثبت
بالبينة انه ليس بخصم تبين فساد الاثبات بالبينة كالاثبات بالمعاينة وان لم يقم بينة على
ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع او الفداء فان
فدى ثم قدم الغائب اخذه عبده بغير شيء الا ان ذلك الذي فدى متبرع في هذا الفداء وان
كان دفعه فالغائب بالخيار ان شاء امضى ذلك وان شاء اخذ العبد ودفع الارش كذا
في الشرح قلت ما ذكر في المبسوط لا يدل على ان الحكم الذي ذكره من انه
لا يصير مختارا للفداء مختص بما اذا ثبت ذلك بالبينة اذ الحكم فيما اذا لم يثبت بها ايضا
كذلك كما يفصح عنه قوله وان لم يقم بينة فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه فيخاطب
بالدفع او بالفداء فلا معنى لهذا التقييد نعم ما ذكر في الكتاب من قوله فان المقر له
مخاطب بالدفع الا بما حقيقة بما اذا ثبت ذلك بالبينة لانه اذا لم يثبت فالمخاطب بالدفع هو
المقر قوله ينتظم ذلك البيع بشرط الخيار فان قيل المشتري بشرط الخيار اذا
باع بشرط الخيار للبائع او عرض على البيع يصير مختارا للبيع ومجيزا له وكذا البائع
بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع يكون فاسخا فعلى هذا ينبغي ان يكون مختارا
للفداء قيل لو لم يكن المشتري مجيزا هناك كان التصرف بالعرض واقعا في ملك الغير
على تقدير الفسخ وكذا البائع لو لم يجعل فاسخا كان تصرفه في ملك الغير على تقدير
الاجازة اما هنا لو لم يجعل مختارا للفداء لا يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير
فافترقا ولان المشتري او البائع لو لم يجعل مجيزا او فاسخا كان البيع نزاله وبيعه
لا يكون نزاله وبيعا فيه عدوه هنا لا يلزم العدو في حق الرقيق كذا في الشرح
وذكر الشراح في جواب هذا الاشكال قلنا انما يصير مجيزا او فاسخا لان المشتري
لو لم يصر مجيزا ويقدر على الفسخ يكون تصرفه في ملك الغير وهو حرام وكذا البائع
لو لم يجعل فاسخا يكون تصرفه في ملك الغير على تقدير الفسخ وكذا على تقدير الاجازة
اما هنا لو لم يجعل مختارا للفداء فلو دفع العبد لا يتبين بالدفع ان تصرفه كان في
ملك الغير وفيه نظر لما عرف ان بيع مال الغير بدون اذنه ليس بتصرف محظور بل
هو ماذون فيه دلالة على ما عرف في فصل الفضولي انما المحظور التسليم ولا كلام
في نفس البيع هل يكون اجازة وهو ليس بمحظور فلا يتم الجواب قوله الا انه يدل
الملك فان قلت اذا رد المشتري بحكم الخيار هل يكون للبائع ولاية الدفع قلت

ما ذكر في الايضاح من قوله ولو ان المولى كاتب العبد الجاني وهو يعلم بالجناية ثم
عجز فان كان خوصم قبل ان يعجز فقضى القاضي بالدية ثم عجز لم ينتقض القضاء وان
لم يخاصم فيها حتى عجز كان له ان يدفعه لان الرق لم يثبت على سبيل الاحكام
لاحتمال الارتفاع فوات الرق بالعجز دل على ان المولى ان خوصم قبل ان يرد عليه
بحكم الخيار تقضي عليه بالدية ثم رد اليه يبقى القضاء وان خوصم فيها بعد الرد بحكم
الخيار كان له ان يدفعه ووجه الدلالة ظاهر ولكنه يشكل بان الفداء يتعين بالقول
بحيث لا يكون له ولاية الدفع بعد ذلك مع انه بعد اختياره بالقول تمكن من الدفع
فوق تمكنه منه بعد الكتابة او بالبيع بشرط الخيار للمشتري فلا يكون له الدفع
بعد الكتابة والبيع بشرط الخيار للمشتري ايضا لان اختيار الفداء بكل من الطرفين
ليس بادنى من الاختيار قولا وبعد الاختيار بالقول لا يكون متمكنا منه فكذا بعد الاختيار
بكل من الطرفين ووجه الفرق ان الاختيار بالقول يثبت مطلقا وبكل من الطرفين انما يثبت
ضرورة تعذر الدفع فاذا عجز المكاتب اورد المشتري الى البائع ارتفع التعذر المبني عليه الاختيار
فيرتفع الاختيار ايضا لان الضرورة تتقدر بقدرها اما الاختيار بالقول فيثبت لا على وجه الضرورة
فيبقى دائما قوله ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه يرضى دية الدم
ان يأخذه ناقصا الا ضمان على المولى ولو ضرب المولى عينها فابيضت وهو عالم به ثم ذهب
البياض لا يكون مختارا للفداء لان النقصان لما زال جعل كان لم يكن ولو خوصم فقضى للقاضي
بالدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان الاختيار قد استحكم باتصال القضاء اليه
قوله لانه اختص بالملك فاولى ان لا يكون دليلا على الاختيار لان التصرف المختص بالملك
كالوطء من غير اعلاق لا يكون دليلا عليه فغير المختص من التصرف اولى ان لا يكون دليلا
قوله بالاجارة والرهن في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون
مختارا في الرهن والاجارة لانه اثبت عليها يدا مستحقة فصار كالبيع ووجه ظاهر الرواية
ان الاجارة تنتقض بالعذر فيكون قيام حق ولي الجناية فيها عذرا في نقض الاجارة والراهن
يمكنه قضاء الدين فاسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن دفعه بهذين الفعلين فلا
يجعل ذلك اختيارا كذا في الشرح وقد يشكل بان المصنف رحمه الله سوى بين الرهن والاجارة
هنا في انه لا يصير بهما مختارا للفداء وجعل الرهن مثل البيع في لزوم القيمة في البيع
الفاسد وفرق بينه وبين الاجارة حيث قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه
او باعه او سلمه فهو جائز والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد

بعذرها

ولا يعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الإجارة لأنها تنفسخ بالعجز لا
ودفع الفساد عنه لكن هنا نظر فلا بد من الفرق بين حكم الفداء ولزوم القيمة ووجه الفرق
والله أعلم أن الحاجة في البيع الفاسد إلى تعريف القيمة لا إلى إلجائها لأنه إنما يجب نقض العقد
لنقض العقد لأنها مقررة بعقد الرهن وههنا إلى إيجاب الفداء لأنه لا يجب إلا بالاختيار صريحا
أو دلالة كما في الإجارة مع قيام العذر لا يثبت بالإجازة أصلا فلم تعتبر إلا في إيجاب المال ولا في
تقويمه أما الرهن فلأنه من حيث عدم تمكنه من نقضه غير لازم ومن حيث تمكنه من تخليصه بأداء الدين
فاعتبر لازما في حق التدبير دون الخاص عملا بالاعتبارين ولم يعكس لأنه لو اعتبر لازما في
حق الخاص وجب اعتباره لازما في حق التدبير لأنه دونه فلم يتحقق العمل بالشبهين قوله يمكنه
الامتناع عنه فإن قلت لو قال لها طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلق فطلقت نفسها بحكم التفويض
حنث مع أن تطليق المرأة بحكم التفويض مما لا يمكنه الامتناع عنه لامتناع العزل والرجوع عنه أجيب
بالمنع فإن في وسع الزوج الامتناع عن تطليقها بأن يقيمها عن المجلس فحنث ثم نقم حين طلقت نفسها
... طلقها بعد الحلف بخلاف المسلس لأنه لا امتناع عنه لمس في وسع الحالف ...
المس ... إلى هذا ... في كتاب الإيمان قوله والظاهر أنه يفعل ... هذا الظاهر
معارض بظاهر آخر وهو ... لعان عن ... لأنه لا يفعل ~~ذلك ...~~
~~... [illegible] ...~~
~~... [illegible] ...~~
~~... [illegible] ...~~ قوله إلا أن الصلح
كان عن المال وهذا إن كان يصح على ما اختاره بعض المحققين من أن الوجوب الأصلي في جناية
العبد هو الفداء بل الأرش فلا يكاد يصح على ما اختاره المصنف أن الموجب الأصلي هو الدفع لظهور
أن الواجب لما كان هو الدفع استحال أن يكون دفع صلحا عن المال الغير الواجب
لاستحالة أن يكون ~~دفع ...~~ الواجب الأصلي بدل الصلح فضلا أن يكون بدلا عما ليس
بواجب وجوابه سيأتي إن شاء الله تعالى قوله فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل إذ لا بد من مصالح عنه والمال
هو المصالح عنه ولم يوجد فيبطل الصلح قوله والباطل لا يورث الشبهة وهذا يشكل بما ذهب
إليه أبو حنيفة رح أن من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها كالأم ومطلقة الثلاث فوطئها لا يجب
عليه الحد علم بذلك أو لم يعلم فقد جعل نكاحهن موردا للشبهة في الجامع لأنه باطل وجوابه
أن المراد بالباطل ما لا يكون ثابتا ولا له شبهة الثبوت أيضا ونكاح المحارم له شبهة الثبوت
من حيث أنه تصرف صادر عن أهله مضاف إلى محله لأن محل التصرف ما يكون قابلا للمقصود الأصلي والأنثى
من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود بالنكاح فكان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام إلا

إنما نشأ عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة بخلاف الصلح بلا بدل فإنه باطل من كل وجه
لاستحالة أن يكون الصلح بلا بدل وما كان باطلا من كل وجه لكن غير ثابت الحقيقة ولا شبهة
فهو معدوم والمعدوم لا يورث قوله ثم إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها لا
يحد لأن وطئها في العدة وطء باطل لا يورث شبهة فلا يخفى أن نفس الوطء المحرم لا يصلح لإيراث
الشبهة حتى يقال عنه إنما اعتبار البطلان بل الصالح لذلك إنما هو محل الوطء كصورة النكاح
ولا إرادة أن عدتها لا تورث شبهة في درء الحد لبطلانها فلا يخفى أن العدة ليست باطلة بل هي محققة
شرعا والمطلوب بالفعل هو التصرف الباطل وما حاصله أن ما تصور هنا أن يكون موردا للشبهة ليس
إلا العدة من حيث إنها من آثار النكاح ولأنه على تقدير وجوده يمنع الحد فإنه يورث شبهة النص وكلتاهما
ليست باطلة حتى يكون مثالا لكون الباطل لا يورث الشبهة وما هو الباطل وهو الوطء فهو لا يصلح
لإيراث الشبهة لأن شبهة درء الحد ما على شبهة الحل في الوطء والمحال أن يورث الشبهة في نفسه إلا أن
يقال المراد بالباطل ما هو المعدوم من كل وجه أنه وكان الصلح معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة لما
إذا وطئ معتدة الثلاث فإن ما هو الموجب للحل لما كان معدوما فيه لم يورث شبهة في درء الحد وذلك لأن العدة وإن
كان من آثار النكاح فهي ليست بموجب الحل ولا لاحق يورث شبهة بخلاف النكاح فإنه يوجب الحل في المحل
فيورث صورته شبهة فالتشبه في العدم لا يورث الشبهة قوله ووجهه أن العفو وإن صح ظاهرا لكن
وقد يشكل بأن المرأة إذا قطعت يد رجل عمدا فتزوجها على اليد ثم مات من ذلك يجب الدية عليها
ويسقط القصاص لأن التزوج على اليد يتضمن العفو عن القصاص في الطرف وهو يورث شبهة
العفو عن القصاص في النفس فيسقط إلى هذا سبقت الإشارة في الكتاب فقد اعتبر التزوج مسقطا
الجناية والصلح من إيهام مع أن النكاح والصلح عن دم العمد من واد واحد كما عرفت في كتاب الصلح
فلا بد من وجه الفرق قوله إذا جنى جناية موضحة خطأ ما إذا كان قيمته أقل من الدية وهي
الأرش قوله بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم باع العبد وإنما يؤدي الدفع لأن فيه توفير الحقين لأن
حق الولي ما في البيع يبقى وإن زال العبد عن ملك المولى بالدفع وفي البداية بالبيع إبطال حق الأولياء
لأن المبيع يزول عن ملكه فكان البداية بالبيع ما يبطل الجناية وإن حصل البيع بغير رضا أولياء الجناية
لأنه لا سبيل إلى تضمين المولى لأن العبد زال عن ملكه بغير صنعه بل بقضاء القاضي فلم يكن
على المولى شيء ولا سبيل إلى إيجاب المشتري لأن الجناية ما وجدت في ملكه كذا في الشامل وذكر
في الإيضاح ولو دفع المولى إلى أولياء الجناية لم يضمن لأصحاب الديون شيئا لأن هذا
حكم مستحق عليه لا يؤدي أن القاضي يجبره على ذلك فإذا فعل عين ما هو مستحق لم يضمن شيئا ولو دفع
إلى أصحاب الديون بديونهم لزمه ... الأرش إن كان عالما والقيمة إن لم يكن لأنه إنما دفع غير مستحق

الشبهة

صح
العبد المأذون

عليه بل المستحق عليه الدفع الى ولي الجناية ثم يباع في الدين على ملكه فكان دفعه بالدين
تفويتا للدفع الى اولياء الجناية فيضمن ولو ان القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر
اصحاب الجناية ولا فضل في الثمن سقط حق ولي الجناية لان القاضي لا يلزمه عهدة فيما يصنع
ولو فسخ البيع ودفع بالجناية لا يحتاج الى البيع فلا يفسخ بخلاف المولى اذا باع لانه يجوز
ان يجب عليه الضمان بفعله كذا في الشرح قلت قوله ولو فسخ البيع ودفع بالجناية احتيج الى
البيع منظور فيه لجواز ان لا يحتاج الى البيع بعد الفسخ والدفع بل يختار ولي الجناية فداء العبد
بالاقل من القيمة والدين قوله بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما
بل لانها اثر الفعل الحقيقي وهو القتل فقبل الدفع كانت رقبتها الجانية خالية عن حق ولي
الجناية فلذلك لم يجب القول بالسراية هذا لفظ الكافي وهو مشكل لما ذكر في الكافي في باب
التحالف حيث قال اشترى امتين او امة فولدت فقتلت احديهما الاخرى في يد البائع اخذ
بكل الثمن او يترك لان الجناية في عنقها فصار تلفا بمنزلة التخصيص وهذا لان الجناية
معتبرة وان كانتا مملوكتين لمالك واحد فقامت القاتلة مقام المقتولة بخلاف موت احديهما بنزول
الحادث الشجر فاكل الحمار السبعي حيث ياخذ حصتها من الثمن لان فعلها جبار هذا لفظه وهو يقتضي
بان الجناية يتعلق بعنقها فوجب ان يسري الى الولد وان لم يكن متعلقا بها كما صرح به هنا
وجب ان لا يقوم القاتلة مقام المقتولة لانها قبل الدفع خالية عن حق ولي الجناية
فالصحيح هو ما ذكر في الذخيرة ان الولد انما لا يدخل في جنايتها لانها حين ولدت
لم يكن لولي الجناية ملك ولا حق مستقر في العين وما يسري اما الملك واما الحق المستقر
في العين وليس لولي الجناية في الام ملك لانها بنفس الجناية لا تصير ملكا لولي الجناية ولا حق
مستقر لانه لا يستقر الحق في العين انما يثبت اذا صار صاحب الرقبة ممنوعا عن التصرف
في رقبته او منفعته ولم يصر المولى ممنوعا عن التصرفات في رقبتها بيعا وهبة
المولى في منفعتها اجارة واستخداما فصار كحق الفقير في قدر الزكوة بعد حولان الحول لما
كان غير مستقر لم يسر الى المتولد من المال الذي وجبت فيه الزكوة والله اعلم قوله والسراية
في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية فان قلت يشكل على هذا سراية وجوب الدفع
الى الارش الذي اخذه المولى بسبب جناية حقت عليها حيث يدفع المولى ذلك الارش معها الى
ولي الجناية فلما لم يسر الى جزئها باعتبار انه اثر فعل حقيقي كان اولى ان لا يسري الى ما هو
ليس بجزء منها قلنا حق ولي الجناية كان ثابتا فيها بجميع اجزائها ولهذا اخذ عوضا عن الجزء
الغائب فيثبت حقه في عوض جزء منها ايضا الا يرى انها لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان

عليه دفع تلك القيمة الى ولي الجناية فكذا اذا اخذ عوض جزئها اما الولد فليس بعوض
منها ولا عن جزئها فلا يستحقه ولي الجناية كذا في الشرح نقلا عن المبسوط وهو مشكل لما ذكر في الكافي
في متفرقات الوصايا حيث قال وان اوصى بجارية لانسان او صدقتها عليه او بيعها وتصدق
ثمنها على الفقراء يسري الى بدلها الموقوع بالجناية عليها والى ولدها وولد ولدها لو كان لها صحيحة بخلاف
ولد الزكوة فانه اذا كان النصاب امة فحال الحول ثم ولدت ولدا لا يسري حق الزكوة
الى الولد ولو اوصى بان يكاتب امته بعد موته او يعتق او يباع من فلان او يباع من نسمة
فهذه الوصايا لا يسري الى ولدها وولد ولدها والى الجناية المرفوع بالجناية عليها والاصل ان كل حق
يثبت في المحل في عينه وماليته يسري الى ولده وولد ولده طرفين والعبد المرفوع بالجناية عليه وان يثبت
في عينه لا في ماليته لا يسري الى ما ذكرنا ففي الفصل الاول نزل الحق في ماليتها وفي الثاني لم
ينزل في ماليتها لا يسري انه لا يثبت في قيمتها اذا قتلت هذا كلامه ووجه الاشكال ان حق ولي
الجناية ان كان في عين المحل وماليته وجب ان يسري الى الولد والارش جميعا كما في مسألة الوصية
وان لم يجب ان لا يسري الى الارش ايضا كما في الزكوة لا الى شيء دون الولد فيشكل بما على الاصل المذكور
في الكافي قوله واذا امر العبد المحجور عليه صبيا او صبيا حرا الا ان وجوب الدية على عاقلة
الصبي انما يستقيم ان لو كان الصبي المامور حرا اذ لو كان عبدا كان مولاه مخيرا بين الدفع والفداء
كذا في الشرح قلت لو كان المراد به الصبي المحجور لم يكن في التقييد بالعبد المحجور فائدة لما ان المامور
سوى اذا كان صبيا حرا فالجواب لا يختلف بكون الامر عبدا محجورا او ماذونا فيه اذ الرواية منصوصة
في الجامع الصغير للامام التمرتاشي والامام المحبوبي انه اذا كان المامور قوله فلا شيء له
من القيمة والدية قوله دون الدية لان العبد اي من كل الدية لانه لان العبد ماخوذ بما يخصه من الدية
اذ لا ثبت الاعتاق وقد يقال العبد ليس بماخوذ بكل الدية الا قبل الاعتاق ولا بعده ولا ... يتلى الوجوب
ولو لاعتبار ذلك لما عرف ان موجب جنايته قبل الاعتاق على المولى عينا تادية على العاقلة ولو قيل
موجب الجناية يجب على الجاني ثم يتحمل عنه العاقلة ان كان حرا والمولى ان كان عبدا الا ان المولى
عاقلته كما وهم يتحملون عن الجاني فكذا المولى قلنا هذا الوجوب لا يسقط عن العبد بعد
الاعتاق ولا يتصور الاداء عنه قوله والمولى يبقى بحكم الملك وبعد الاعتاق لو اخذ المولى اذا لم يكن
له عصبة غيره فانما يوجد من حيث انه عصبة لا من حيث انه سيد قوله مال الى حالة منافية
للضمان لانه لم يرها لو قطعها وهي مرهونة ويقال الكلام في الضمان لحق المنقطعة يدها والماخوذ منها
المال والدين وان كان لا ينافي ضمان اليد والمال لحق غيرها وهو الغرماء فهو يتاثر لجنايتها وانما
الاخذ في حال الحرة بدي صانا لحق نفسها والولي الكد باضافة الاخذ الى حالة منافية لوجوب الضمان

له حقا فيجب ان يعتبر قوله وايضا الرق ينافي الضمان بنفسه وانما يجب الضمان في المديون
لعارض الدين والعجز للمولى كما في قواعد الشرع الا يرى انه لو هو غير قطعي بدونها اذ اخذه الماذون
لانه تقبل نفسه ولو كان لاحتمال ان يكون مديونا معترفا في دعوى الضمان ثم يكن هذه البينة ولا تحته للضمان
عن قوله الا ان وطئ المولى امته المديونة لا يوجب العقر فقال بل ويجب العقر لو وطئ المولى امته
بان كانت مكاتبة صبيا حرا او لامرء عبدا ماذونا او محجورا فقتل الصبي المامور فقتل رجلا ضمن عاقلته
الصبي الدية موجلا الى ثلث سنين ولا رجوع لهم على العبد وان كان ماذونا في التجارة لان هذا
الضمان ليس بضمان الغصب لان الحر لا يغصب وانما هو ضمان جناية العبد ولا يلزم بعد الاعتاق
المولى لانه لو باشر الجناية ثم اعتقه مولاه لا يطالب هو بحكم ذلك الجناية كذا هنا بل
اولى لانه لما لم يواخذ بموجب جناية الرق العبد بعد العتاق بموجب جناية باشرها في الرق وجب
ان لا يواخذ بموجب جناية اثرها بعد الاعتاق بالطريق الاولى وهو ان امره بالقتل كالمباشرة
بالجناية ولو اثرها لم يلزمه شيء في الحال ولا بعد العتاق سواء كان محجورا او ماذونا
لان الماذون مختص بالتجارة والاقرار بالجناية ليس من توابع التجارة فكان الماذون والمحجور فيه
سواء وايضا لو كان المراد الصبي الحر لا يستقيم قوله ولا يرجعون به على العبد الامر بعد الاعتاق
لما عرفت ان العبد ماذونا كان او محجورا لا يواخذ بموجب الجناية بعد الاعتاق وانما يستقيم
ان لو اريد بالصبي الصبي المملوك لان الامر لذا كان عبدا محجورا والمامور صبيا مملوكا يواخذ
العبد الامر بعد الاعتاق وان كان لا يواخذ به في الحال ثم يشكل على تقدير ان يكون المراد الصبي المملوك
قوله فعلى عاقلة الصبي الدية من حيث ان الصبي لو كان عبدا فالواجب على المولى هو الدفع
او الفداء الا ان يراد بالعاقلة في قوله فعلى عاقلة الصبي هو المولى لما مر ان المولى عاقلته
لانه ينتصر به ويراد بالدية الضمان على عموم المجاز او هو محمول على قول من جعل الواجب الاصلي في
جناية العبد هو الدية على عاقلته وهو الدفع دون الفداء ثم اعلم انه لو كان الامر حرا كبيرا والمامور
صبيا صغيرا فقتله فالدية على عاقلة الصبي ثم يرجع بذلك عاقلته على عاقلة الامر لانه استعمله في حاجته
وحقه فيه ضمان فيضمنه فان قيل هذا الضمان لا يثبت بالقول وهو الامر فلا يتحمل العاقلة كما
لو اقر بقتل او ادعى على رجل بقتل فيقضى به وقتله الولي ثم رجع فالضمان في ماله دون العاقلة قلنا
الى الضمان بالقول ولكن قول لا يحتمل الكذب وهو كالفعل المعاين حكما فيضمنه العاقلة كرجل اشهد
في حائط مائل فلم يهدمه حتى سقط فقتل رجلا كان الضمان على العاقلة وان كانت الجناية لزمته
بالقول وهو الاشهاد لكن لما ان الاشهاد لا يحتمل الكذب بخلاف الاقرار والشهادة لانه يحتمل الصدق
والكذب كذا في الشرح وفيه نظر لان القول الذي لا يحتمل الكذب لو كان في حكم الفعل

المعاني لكان ينبغي ان يواخذ العبد المحجور والصبي بعد العتاق في الحال كما لو اخذ ان يضمنان
الافعال والمال بخلافه فان العبد المحجور والصبي اذا امر صبيا بقتل رجل فقتله المامور
فالضمان على عاقلة المامور ولا رجوع للعاقلة على عاقلة الصبي ولا على العبد المحجور في الحال
قوله ولا يرجعون على العبد الامر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال قلت
لا دعوى الرجوع على العبد الامر بعد الاعتاق فيشكل لانه ان اريد بالصبي المامور نفس رجل
الحر كما ذهب اليه الشارح وعليه يدل ظاهر قوله فعلى عاقلة الصبي الدية وقوله ولا رجوع لعاقلة
الصبي على الصبي الامر ظاهرا في دلالة الجامع انه لا رجوع لعاقلة الصبي على العبد الامر ابدا كان
كان او محجورا بعد عتقه ايضا وكذا ان اريد الصبي المملوك يشكل الذي ذكرنا في قوله فعلى
عاقلة الصبي الدية بان يراد بعاقلة الصبي مولاه وبالدية الضمان اللاحق ولان مولى الصبي
المامور بالقتل لو رجع على العبد الامر بعد عتقه فاما ان يرجع بالضمان الذي لحقه في جناية مملوكه
من حيث انه لما امره بالقتل فقد تسبب لقتله فيكون ذلك الضمان عليه فلا وجه اليه لان ضمان الجناية
بالمباشرة كان اولى بالتسبب على مولاه لا عليه فهو مولاه لا بالدفع او بالفداء وما يجب على المولى
من موجب الجناية فالعبد بري عنه بعد العتق واما ان يرجع عليه لضمان الصبي المامور بالقتل
من حيث انه لما امره فقد استخدمه واستعمال الصبي المملوك غصب وكان غصبه ثم هلك بسبب كان
في يده فهو يرجع عليه بقيمته ولا وجه لهذا ايضا لان الامر بالقتل لو جعل غصبا للصبي المملوك وجب ان
يواخذ به في الحال لان ضمان الغصب لا يتاخر الى زمان الاعتاق ولا سبيل لقوله لان عدم
الاعتبار لحق المولى ثم يشكل ايضا لان الامر بالقتل ليس باقرار بالجناية حتى لا يواخذ به في الحال بل هو
سبب للجناية على الرجل المقتول والعبد يواخذ بضمان التسبب في الحال لكن المولى عاقلته
فيتحمل عنه وايضا هذا التعليل يقتضي ان يواخذ العبد بعد الاعتاق فيما اذا امر صبيا حرا بقتل
رجل فقتله ولانه لا يواخذ بعد الاعتاق ايضا قوله معناه ان يكون الامر عبدا والمامور عبدا
محجورا عليهما قال الشارح ونعم ما قال هذا الحكم لا يحتاج الى كون كل منهما محجورا عليهما فقط لانه
اذا كان الامر محجورا عليه والماذون فيها فالحكم كذلك قلت جاز ان يكون تقييد العبد المامور
بالمحجور عليه للاحتراز عن المكاتب فيكون المراد بالمحجور عليه غير المكاتب او عبدا ليصير متقوما بالغصب
على عموم المجاز اذا امر عبد مكاتبا فالضمان في عنق المكاتب ولا غرم على الامر لانه بمنزلة الحر
فلا يصير متقوما بالغصب قوله لان جنايتهم في الارقاء او في عرض الغنا ظاهره يقتضي ان يكون
حكمهم في احد الشيئين وليس كذلك بل حكمهم في الارقاء والمولى لا يفدي على ما هو مختار المصنف
او حكمهم في عرض الغنا ولا ان يرفع كما هو مختار ... ولما ان يكون الواجب احد الشيئين

من الدفع أو الفداء فليس بمذهب الاحد وإلا لتعين الفداء بموت العبد كذلك فالمعنى
أن حقهم في الرقبة كما هو الصحيح عندي أو في عشرين درهما كما هو الصحيح عند الإمام
الزيلعي والإمام البزدوي قوله وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة إلا أن الأن
الحق متعلق بالرقبة اعلم أن محمدا رحمه الله ذكر مسائل متفرقة في قسمة الحق على المستحقين بعضها
عولية بالإجماع وبعضها نزاعية بالاتفاق وبعضها عولية عند أبي حنيفة رضي الله عنه نزاعية
عندهما وبعضها على العكس وذلك لأن المعنى الموجب للقسمة على طريق المنازعة عند
أبي حنيفة رحمه الله شيئان أحدهما أن القسمة متى وجبت ابتداء في المعين لحق ثبت لكل
واحد على وجه الشيوع يكون بطريق النزاع كما إذا تنازعا في خاتم أحدهما يدعي جميعه والآخر
يدعي نصفه فالحق للأول والنصف بينهما نصفين والثاني أن يكون حق أحدهما في كل العين
وحق الآخر في البعض الشائع فإن القسمة بطريق النزاع والموجب للقسمة بالنزاع
عندهما أيضا معنيان أحدهما ثبوت الحقين على وجه التعيين كما في مسألة الخاتم والثاني ثبوت
الحقين على وجهين مختلفين سواء كانا شائعين أو أحدهما شائعا والآخر معينا والمعنى الموجب
للعول عنده شيئان أحدهما ثبوت الحقين في الذمة وقسمة العين من تركته كما في الديون
المستغرقة في التركة والثاني ثبوتهما في العين ابتداء لكن على سبيل الشيوع كما في الوصايا
وعندهما شيء واحد وهو أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة بطريق
العول سواء كان الشيوع في الحقوق كلها أو بعضها إذا تقرر هذا فنقول معنى قوله لأن الحق
متعلق بالرقبة هو أن الحق واجب في الذمة متعلق بالرقبة كما في الديون المستغرقة في التركة
وليس معناه أن الحق هنا في رقبة العبد ابتداء إذ لو كان كذلك لوجبت القسمة بطريق
المنازعة عنده أيضا لما عرفت أن الحقين متى ثبتا في العين وأحدهما شائع والآخر متعين أو كلاهما
متعين فالقسمة نزاعية عنده فلا يستقيم هذا التعليل والدليل على صحة هذا المعنى الذي
ذكرنا اختيار الإمام قاضي خان والمحبوبي رحمه الله في هذه المسألة حيث قالا ولأبي حنيفة رحمه الله أن
أصل حقهما ليس في عنق العبد بل في الذمة التي هي محل المتلف والقسمة في غير العين تكون
بطريق العول وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريكي العافي في خمسة فيضرب
كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل والألفان للآخر ومات المديون
وترك ألفا كانت التركة بينهما أثلاثا ثم هذا التعليل يدل على أن الموجب الأصلي في جناية العبد
هو الفداء دون الدفع على خلاف ما اختاره المصنف رحمه الله قوله بطل الجميع عند أبي حنيفة رحمه الله
لأن يكون نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر هو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب

كل هذا النصف مالا ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل أن يكون نصفه
في ملك نصيبه ونصفه في نصيب العافي فينقلب هذا النصف مالا وهو الربع فلما احتمل هذا
واحتمل ذلك لا ينقلب مالا بالشك إذ المال لا يجب بالشك كذا في الشرح وقد
يشكل هذا بما ذكر الشارح في كتاب العتاق في مسألة ومن كان له ثلاثة أعبد حيث قال إن الأصل في
اعتبار الأحوال في حالة الاشتباه ما روي عنه عليه السلام بعث أناسا إلى حي من خثعم فاعتصم
ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي عليه السلام فلما بلغ ذلك إلى رسول الله قضى عليه
السلام بنصف العقل باعتبار الأحوال وذلك لأن السجود منهم يحتمل أن يكون لله تعالى فكان إسلاما
فكان يجب على قاتلهم جميع الدية ويحتمل أن يكون لأجل التعظيم للقتلة على ما عليه دأبهم
في السجود تعظيما لعظمائهم صونا عن شرهم فباعتبار هذه الحالة لا تجب الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب
من وجه أوجب النصف وأسقط النصف وعلى هذا مسائل أصحابنا رحمهم الله إلى هنا لفظه ووجه الإشكال
ظاهر فعلم أن إثبات المال باعتبار الأحوال ليس من إثباته بالشك بل فيها إعمال الجنبين فليعتبر
هنا الأحوال أيضا كما اعتبر المصنف في باب ما يحدثه الرجل في الطريق عند قوله كما إذا أخرج
جناحا والثاني في مسألة الميزاب التي ذكرت وهي ما إذا سقط الميزاب فقتل رجلا ولا يدري
أي طرف أصابه الداخل أو الخارج فإنه يجب هناك نصف الدية اعتبارا للأحوال فليجب
هنا أيضا اعتبارا للأحوال إذ لا فرق بين المسألتين والله أعلم قوله وذكر في بعض النسخ قول
محمد مع أبي حنيفة رضي الله عنه وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وللمولى وليان فعفا أحدهما
بطل الجميع عند أبي حنيفة ومحمد ولم يذكر خلافا وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن يكون
الجواب في تلك المسألة ومسألة الكتاب سواء كذا في الحاشية وهو المذكور في المتن في بعض
النسخ قلت بل ينبغي أن يكون الجواب في تلك المسألة كالجواب عندهما لأن في تلك المسألة
المال الذي يجب بعفو أحد الوليين إنما يجب للمولى الميت والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف
مسألة الكتاب لأن المقتول فيها غير المولى فجاز أن يستوجب على العبد دينا فافترقا والله أعلم

فصل قوله ولهذا تجب للمولى ولو كان بدل الدم لكان للعبد إذ هو في حق
الدم مبقى على أصل الحرية والجواب عنه بأن المولى إنما ملك المالية التي فيها باعتبار
هذا المحل فما وجب بمقابلة المحل يجعل في حقه كأنه وجب بمقابلة المالية دفعا للضرر عنه وحيلولة
لحقه القائم بقدر الإمكان قوله عند تعذر الجمع وقد تعذر لأن اعتبار الآدمية يوجب
التقدير واعتبار المالية يوجب القيمة فالجمع إنما يكون أن لو أوجبنا القيمة بالغة ما بلغت
اعتبارا للمالية والدية اعتبارا للآدمية وهو قول لم يقل به أحد قوله وبقاء المعقود عليه

الغاية حتى يبقى بعد قتله عندنا لان بقاء العقد الا بقيام المحل اصلا او بدلا بل العقد ينفسخ
الغاية لا يبقى لانه ينتفي بعد قتله عندنا كان لم يكن القصاص بدلا عن المالية وقد يشكل هذا بان
الذات المبيعة اذا ماتت قبل القبض ينتقض البيع بحيث لا يعود وان دبغ الجلد عند الجمهور
مع ان الغاية هناك موجودة وبعض مشايخنا ان كان يعود البيع بعد دبغ الجلد فهو لا يقول بقاء
وعلم الانتقاض على ما وقعت الاشارة اليه في اخر كتاب الذبائح حيث قال ومن مشايخنا من قال
يعود البيع فتى لفظ العود اشارة الى انه ينتقض عنده ثم يعود فلو كان بقاء العقد يبقى الغاية
لقالوا جميعا ببقائه في مسألة الشاة وليس كذلك على ان المراعى من الغاية ما يوجبه العقد
اي ما لا يكون للعقد وجود بدونه والقصاص ليس من موجبات العقد بهذا المعنى وجوابه فلا يرد النقض
تعلقك به فوجوبه بقليل القيمة لو وجب بمقابلة الادمية وهذا الاصطلاح جوابا للشافعي لو جعل
قياس قليل القيمة على كثيرها بجامع ان كلا منهما عوض المحل بقطع النظر عن ان يكون بمقابلة المالية
او الادمية ولهذا اخرعلى وجوب قيمة العبد بالغا ما بلغت وحاصله ان القيمة في قليل القيمة تجب بالغة
ما بلغت بالاجماع فكذا في كثير القيمة والجامع كون كل من القليل والكثير عوض العبد والمحكي ان المراد
كون القليل بمقابلة الادمية لا يدفع هذا القياس على ما المحكي قوله فاذا اجتمعوا زال الاشتباه
وقال الاشتباه هنا لان القصاص لما لم يكن الا مقيدا ليس رقا ما صاحب الخدمة وهو الموصى له
فما قد لا حق له في القصاص وانما يشترط اجتماعهما لما لك لتعلق حقه ولهذا صرح بالقصاص كما يشترط
اجتماع المرتهن مع الراهن في القصاص من قاتل الرهن لتعلق حق الاول قوله بالكلية القصاص قوله
لان العتق غير نازل في حق المعين فان قلت يشكل هذا لو اختار المولى عند الموت تعيين
العتق في احدهما عتق كلها ولا يعتبر من ثلث ماله اعتبار الاصل انه ايقاع الذي كان في الصحة
فلو كان العتق المبهم غير نازل في المعين ينبغي ان يعتبر تعيين العتق في احدهما يعتبر بعينها وقت الموت
وان يعتبر من ثلث ماله الا من كله قلت وانما كان هذا لان الاصل انه ايقاع كان في الصحة
فقد تم له استحقاقه معتبر من جميع ماله لانه التنكير في جانبه فلا يتعين ذلك ببيانه عند الموت
وهو نظير ما اذا طلق اخرى بيانا لم يدخل قبل الدخول من غير تعيينها كان له ان يتزوج الاخرى
لان احدهما بائن في حقه والتنكير في جانبها كذا في الشرح وهو مبني على ما يقال ان الاعتاق
في حكم مختص بالموقع والتنكير في حكم مختص بالمحل لانه نازل في حق الموقع غير نازل في حق المحل
لانه لا ابهام في جانب الموقع وانما الابهام في جانب المحل ولكن بهذا الطريق يشكل مسألة النسخة
المذكورة في الكتاب لان العتق لو كان نازلا في حق الموقع كان ينبغي ان لا يستحق الموقع في
هذه المسألة ارش العبدين جميعا قوله والنسخة تصادف المعين وقد يحتاج الى الفرق بين هذا

وبين ما اذا قال لامتيه احداكما حرة فوطئ احداهما تعينت الاخرى عند ابي يوسف ومحمد
لا بمجرد ان الوطء يصادف المحلين كالنسخة ووجه الفرق ان الوطء تصرف لا يحل الا في الملك فا
قدامه عليها في احديهما دليل تعين الملك فيها ومن ضرورته انتفاء العتق عنها فيتعين
في الاخرى ولا كذلك النسخة قوله ولو قتلهما رجل اي رجل واحد معا وقيمتهما سواء او لو قتلهما على
التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الحر لورثته وان اختلفت قيمتهما فعليه نصف قيمة
كل واحد ودية حر قوله لانا نتعتمد الى حق العبدين ويتنا زاده الى انه الاعتاق في حق
الموقع قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات فقد اعتبرناه لم يتغير اعتبار المالية في حق الذات
فيجب بلا اعتبار في حق الاطراف ايضا يعني ان انحصار اعتبار المالية في حق الذات بالغير
ساقط كذا في الشرح وذكر في النهاية يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصر في النفس قوله
وبعد النسخة بقي محلا للبيان بالاعتاق قلت بعد النسخة كما بقي محلا للبيان بقي محلا
للاستيفاء بانهم اعترفوا للبيان انشاء ولم يعتبر اظهارا ولا يجب ان يعتبر انشاء من وجه واظهارا من وجه
من حيث انه انشاء كان لابد للذي اوقع العتق للمولى كانه اعتقه بعد النسخة ومن حيث انه اظهار لم
يكن للمولى كانه اعتق ثم نسخ ما ما ان لا يجب شيء لانه وقع الشك في ثبوته للمولى فلا يجب
له بالشك او نظر الى المعنى اعتبار الاحوال كما هو الطريق في البعض بنصفه وذلك فصح
كلام القوم في مسائل اعتاق احد العبدين وغيره وجوابه ان النسخة حين حدثت العبدين
حدثت على ملك المولى لانها صادفت ملكه لان المعين قبل البيان مملوك له لا يتعين في العتق
في احدهما ووقع الشك في بطلان الضمان للمولى ولما سلمنا بالعتق الاول ثابت فدعت الضرورة
الى اعتبار البيان انشاء لانه لو اعتبر اظهارا لادى الى ابطال الثابت بالشك وانه باطل قوله
وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرنا اي اعتبرنا البيان من الموقع اظهارا لا انشاء ولانه
ليس بالاظهار الا في حق الموقع فلا يكون لهذا البيان عبرة بالنسبة الى المحل فكان وجوده كعدمه
لتعذر اعتباره انشاء ... وهو له انشاء واذا تعذر اعتبار البيان في حقه شاع العتق
والرق فيهما وصار حكمهما حكم موت المولى من غير بيان ... الفرق الجواب بين ما اذا اعتق
المولى بعد موتهما او لم يبين الا في الاطراف قلت والاول اوفق بما سيأتي من قوله لان المالية
ان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيها وفي الاطراف ايضا فهذا التصريح من
المصنف بان المالية معتبرة في الذات غير ساقطة فيها والثاني اوفق بما مر في اول الفصل
من قوله فيها معنى المالية والادمية اعتبارهما فيجب اعتبارهما بالمقدار لدية وهو المالية
ففيها تنصيص على ان المالية مهدرة في الذات وفي الاطراف جميعا لو كانت المالية معتبرة

حق الاطراف كان ينبغي ان يجب نصف القيمة في قطع احدى اليدين بالغة ما بلغت وعلى رواية الكتاب لا يجب فيه نصفها بالغة ما بلغت حتى لا يزاد على خمسة الاف منقوصا بخمسة
قوله وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة قلت لما كانت المالية معتبرة في الذات في حق الاطراف وجب ان يملك نفس الجثة باداء قيمة النفس رعاية لمالك فاشترط فوات الجنس مما لا يعرف الجيفة يجوز ان النفس في الهلاك لا يجري فلا يمكن ان يجعل الاطراف احدى العينين كالاتلاف نص النفس ونظام مقام الا ان الذي انما يعرض سد ولا لذلك كحقيقة
قوله ولا ان المالية ان كانت معتبرة لا يعني ان المالية ان لم يعتبر فقطا بجزء الاياخذ النقصان ح وان اعتبرت فالادمية غير مهدرة فعملنا بشبه الادمية حتى لا يملك الجثة ويأخذ النقصان وبشبه المالية حتى قلنا بتسليم الجثة عند اخذ الضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في الملك رجل كذا في الايضاح قوله فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فقلنا بانه لا شيء له من النقصان وذا مسك الجثة عملا بشبهها للادمية وبانه يملك الجثة اذا دفع القيمة عملا بشبهة المالية والدليل على ان المالية بشيء في الذات فعملنا فيها بالمالي وهو الادمية باعتبار انه ادني وهو المالية
مسألة في جناية المدبر واما الولد لما ذكر جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو كامل في استحقاق اسم المملوك على غيره وهو المدبر واسم الولد لكن لم لا ولد انحطاط رتبته من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر في ذلك الاسم فاوجب تاخير ذكرها عن المدبر كذا في الشرح وهذا الذي ذكر من عدم نفاذ القضاء بجواز بيعها فذلك مذهبها لما عند ابي حنيفة رحمه فالقضاء بها نافذ على ما مر في البيع الفاسد فالوجه على مذهب ابي حنيفة رحمه في تاخيرها غير هذا وهو ان المدبر متقوم والام الولد غير متقوم والمتقوم اولى باسم المملوك من غيره فلذلك قدمنا قوله ويتضادون بالحصص وصورة مدبر قتل رجلا خطا وقيمته الف درهم ثم اعتق الى الذين ثم قتل آخر خطا ثم رجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطا فعلى مولاه الالف درهم لانه جنى على الثلاثة وقيمته الف ولو لم يكن منه الا هذه الجناية لضمن القيمة ثم الالف من ذلك الالفين لولي القتيل الاول لان حق الاول انما يثبت في قيمته يوم جنى وهو الف والاخر حق له في الالف الثاني فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاول بين ولي القتيل الاول والاوسط لان حق فيه لولي القتيل الثالث فيضرب فيها الاول بجزء الالف والاوسط بسهما الالف لانه وصل اليها من حقه الالف والخمسمائة الباقية سهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليها شيء من حقها ويضرب فيها الاول والثاني بما بقي من حقهما في قدر الدية قوله لان المولى جان لم يدفع حق ولي الاسم طوعا وولي الاول صاحب بعضها

حقه ظلما فيتخير مشكل لان حق ولي الثانية في ذمة المولى الذي عجل دفعه الى ولي الاولى حتى يكون المولى جانيا في دفعه والقابض في قبضه على ولي الثانية بل هو خالص حق المولى دفعه الى ولي الاولى يظن ان القيمة كلها حقه ثم لما تبين انه مشترك ظهر انه قبض غير حقه فيضمن الذي على قدر حقه للمولى الدافع وظهر انه كان جانيا في حق المولى الذي حق الثانية حتى يجبر على اداء قدر حقه اليه الا يرى ان المرهون لو صدق رجلا انه وكيل رب الدين بالقبض فدفع الدين اليه ثم جاء الدائن وانكر وكالته بالقبض اتبع المديون والا يجعل له بحق ان يتبع المديون او يتبع القابض من حيث ان المديون ظالم بالتسليم ومدعي الوكالة بالقبض فكذا يجب ان يكون الحكم في مسألتنا قوله لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية قلت حق ولي الجناية في ذمة المولى بحيث لا يتعين الا بالقبض واما المدفوع الى ولي الاولى فلم يتعلق به حقه حتى يكون المولى مبطلا لما تعلق به حق الثانية قوله واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه شيء عتق او لم يعتق هذا اشارة الى ان العبد لا يواخذ بعد الاعتاق بجناية اقر بها في حال الرق وقد ذكرناه ولكن ما ذكر المصنف به من قوله ويرجعون به على العبد الامر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال بحريات العبد ماخوذ بعد الاعتاق بما يلزمه من موجب الجنايات بحكم الاقرار وانه بنا في ذلك فليتأمل والله اعلم
باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قوله والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع وهذا يخالف ما ذكر المصنف في باب ما يحدث السارق في السرقة حيث قال ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة قطع ومن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البايع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك الى هنا لفظه وهذا اشارة الى ان الغصب ليس بسبب للملك وانه ليس كالبيع وليت قيل ان الغصب ان لم يكن سببا للملك فلا يخفى ان الملك عند اداء الضمان يثبت مستندا الى وقت الغصب فيظهر ان الملك كان للغاصب فيتبدل الملك

والملك

وبدله بقطع السراية قلنا نعم ان الملك يثبت مستندا الى وقت الغصب ولكن الملك
الثابت به ثابت بطريق الضرورة فلا يظهر في قطع السراية كما لا يظهر ملك الغاصب
في حق المشتري منه حتى لا يبطل بيع الغاصب عند اداء الضمان وان كان طروء الملك
البات يبطل الموقوف وكما لا يظهر في نفاذ اعتاقه على ما عرف وقال الامام قاضي
خان هذا التعليل يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على
الغاصب قبضا او رضا لان السراية انما ينقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك
اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا الا انه انما يضمن الغاصب هنا لان السراية
وان لم ينقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سببا للضمان فلا يبرأ الا اذا ارتفع
الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابت على
المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لا حقيقة والثابت
حكما دون الثابت حقيقة فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فيتقرر
عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب قوله فيصير مستردا فان قيل لما استرد
المولى فكانه غصبه ثانيا فكان هذا غصبا بعد القطع فيقول لما استرد المولى ولم يوجد
الاخذ من الغاصب ثانيا صار كمن القى شيئا في حجر غيره ثم هلك لا يضمن كذا في الحاشية
وبه يظهر ان نبض الغاصب بعد ما قطع المالك يصير قبض امانة فان الغاصب بعد ذلك
لو امتنع من التسليم يصير غاصبا ثانيا كما في سائر الامانات والودائع فيكون حكمه حكم ما اذا
قطعه المولى ثم غصب قوله واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه التقييد
بالمحجور عليه في حق الغاصب والمغصوب اتفاقي اذ الحكم لا يختلف فيما اذا كان كل
منهما ماذونا في التجارة او يكون الغاصب ماذونا والمغصوب محجورا او بالعكس قوله
والابد نعم الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لان الحق له لا
في النصف ليبقى حق الاول وقد وصل اليه ذلك وفيه بحث وهو انه يشكل بما ذكر المصنف
في المسئلة الاولى من قوله ويكون القيمة بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما
في الموجب وذلك لان الاستواء في الموجب يوجب ان يتعلق حق كل واحد بكل القيمة
اذ الاستواء في سبب الاستحقاق يوجب الاستواء في نفس الاستحقاق وهنا صرح بانه لا حق
لولي الثانية الا في النصف وايضا ذكر في فصل جناية المدبر ان الجناية الثانية
مقارنة للاولى من حيث المشاركة والمقارنة يوجب الاستواء بينهما في استحقاق كل القيمة
وايضا لو كان حق ولي الاولى في كل القيمة وحق الثانية في نصفها لكان ينبغي ان يكون

القيمة بينهما اثلاثا وليس كذلك بل يتضاربان بالحصص على قدر حقيهما في الدين وقد
عرف تحقيقه قوله ومن غصب صبيا حرا قيد بالصبي لانه لو غصب كبيرا حرا فاصابه شيء من
هذه العوارض ينظر ان فيك الغاصب حتى اصابه ولم يمكن التحرز عنه يضمن لان المغصوب
عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه وان لم يمنعه من حفظه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم
يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالماشي
اذا علم بالبئر ومشى حتى وقع فيه لم يضمن الحافر بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه
عن اسباب التلف كالماشي على البئر اذا لم يعلمه كذا في الشرح قوله الا يرى انه لو
كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا يدا ورقبة اولى لان
الحرية يدا وصف ناقصة لما كانت مانعة فالحرية يدا ورقبة اولى ان يمنع قوله وهذا
اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة قلت نعم ولكن اعترض عليه فعل المختار وهو
النهش ويخلف فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى المسبب كما لو فتح باب قفص فطار الطير
لانه لا يضمن وكذا لو فتح حجرا لحية فخرجت ولسعت لا ضمان عليه قوله وقد ازال حفظ
الولي عنه حيث جلبه من تمسكهما بالمكاتب الصغير لانه لا ولاية لاحد عليه وانما هو في
يد نفسه الا يرى انه لا يزوجه احد والحر الصغير يزوجه وليه فلم يوجد ازالة حفظ الغير
ولكنه يشكل بان ازالة حفظ الغير ان لم يوجد في نقل المكاتب الصغير فلا شك ان
نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق تسبيب في الاتلاف على وجه التعدي
وذلك يكفي لوجوب الضمان ولا حاجة في ذلك الى ازالة حفظ الغير وضمان المكاتب
يجب بالتسبيب كما يجب بالمباشرة قوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
قلت جاز ان يكون التقييد والوضع المذكوران باعتبار ان الاختلاف انما هو في
العاقل فاما غير العاقل فلا اختلاف فيه بل هو غير ضامن بالاتفاق في قولهم كما هو رواية
شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام والتمرتاشي وقاضي خان ومع هذا الاحتمال كيف
يجعل التقييد بقوله قد عقل والوضع المذكور دليلا على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الى اخره حاصل هذا الكلام هو ان الايداع عند الصبي
تسليط على الاتلاف فلا يضمن لو اتلفه واعترض بانه لو استحق الوديعة بعد ما استهلكها
الصبي وضمنه المستحق لم يرجع الصبي بالضمان على الدافع ولو كان التسليم اليه تسليطا على
الاتلاف لرجع لما لو قال اتلف هذا المال فاتلفه فانه يرجع بما ضمن على الامر واجيب
عنه في النهاية بانه انما لا يرجع لانه تسليط على الاهلاك حكما والتسليط عليه حكما لا يجعل

كالتسليط عليه صريحا الا يرى ان انسانا لو راى عبده يتجر فسكت يصير العبد ماذونا ولو ظهر ان العبد كان حرا او استحقه مستحق لم يرجع الغرماء على مولاه ولو قال هذا عبدي اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر انه كان حرا او عبدا لغيره رجع الغرماء على المولى لان الاذن بالمبايعة مصرح به هنا ومسكوت عنه في الوجه الاول ثم لفظه لان رجوع الغرماء على المولى ليس باعتبار اذنه في التجارة ليرجعوا عليه عند ثبوت الاذن دلالة بل الغرماء انما يرجعون اليه باعتبار تغريره اياهم بقوله هذا عبدي وغير خاف عليك ان هذا التغرير لا ينشأ منه عند ثبوت الاذن بالسكوت انما الرجوع على المسلط فباعتبار نفس التسليط فقد وجد التسليط فينبغي ان يرجع عليه سواء كان التسليط صريحا او دلالة فالملتان لا ينفكان ثابت على ان الدلالة تعمل عمل الصريح في حق الرجوع الا يرى ان من ربط بعيرا الى القطار وهو يسير والقايد لا يعلم به فوطئ المربوط انسانا فعلى عاقلة القايد الدية ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه لما ربط والقطار يسير فقد امر بالقود دلالة اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها صاحبها القايد بلا رجوع لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة هكذا ذكر في الكتاب فظهر ان الدلالة تعمل عمل الصريح في حق الرجوع وقال الشارح انما قيدنا التسليط بالتمكين منه باثبات يده الباس وطلب وكان نظيره ان يقول للصبي ابحت لك ان تاكل هذا المال فاكله ثم جاء مستحق وضمنه لم يرجع على المبيح فكذا اذا ثبت يده عليه لانه يباح له هذا ولا يكون محمولا على التصرف اما اذا امره بالاتلاف فقد استعمله بالحمل عليه الا يرى انه لو كان عبدا صار غاصبا واذا صار مستعملا صار ضامنا له السلامة عن عهدة ما باشره باستعماله الا يرى انه لو قال لعبد ابحت لك هذا الطعام فاكله العبد لم يصر المبيح غاصبا بخلاف ما لو استعمله بامره هذا لفظه وهذا ايضا يشكل بمسألة ربط البعير بالقطار وهو يسير لانهم جعلوا الرابط امرا بالقود لا مبيحا حتى يرجع القايد عليه مع ان هذا الربط ليس الا تسليطا على القود ورضا به فيجعل هذا التسليط امرا دون تسليط الصبي بحكم ~~قوله ومن ربح والصبي به مثل ذلك يشكل بالتابعي~~ قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يتكرر اليمين من الاولياء بل يردها على الولي هكذا ذكر في بعض النسخ وفي بعضها لا يتكرر اليمين بين الاولياء بان يردها على الولي ومعناه والله اعلم لان مذهبه كمذهبنا الا انه لا يتكرر اليمين على اهل المحلة عنده بل يرد ما بقي من خمسين يمينا على الولي وعندنا يتكرر اليمين على اهل المحلة اذا لم يكن خمسين رجلا

~~وقد ذكرنا [illegible]~~ باب القسامة

ولا يرد على الاولياء عند نقصان عدد اهل المحلة من خمسين وقوله من الاولياء او يمين الاولياء صفة اليمين لقوله لا يتكرر اليمين المتركز بين الاولياء الثابتة حقا لهم على اهل المحلة لانها او اليمين الثابتة من الاولياء لانها يتوجه على خصمهم ~~فيهم~~ اهل المحلة بطلبهم لانها حقهم فيصح ان يضاف ثبوتها اليهم وقوله بان يردها يحتمل ان يتعلق بنفي الفعل اي غير انه انتفى تكرر اليمين عنده على اهل المحلة انتفاء مقرونا بردها على الولي او لانتفاء حاصلا بردها عليه وان يكون حالا من اليمين اي حال كونها ملتبسة بردها الى الولي فالحاصل ان مذهبه كمذهبنا اذا لم يكن هناك شاهد الظاهر للولي لانها تكرر اليمين عند نقصان عدد اهل المحلة عليهم ولا تردها على الولي والشافعي لا يكررها عليهم بل يرد ما بقي على الاولياء ولكن ذكر في بعض الحواشي عند قوله وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا وان كان الولي واحدا كررت اليمين عليه خمسين مرة فيحتاج الى الفرق بين تكرار اليمين على الولي وتكرارها على اهل المحلة حيث جاز الاول عنده دون الثاني مع ان الاولياء اذا نكلوا عن اليمين فيما اذا كان هناك لوث حلف المدعا عليه فان حلفوا برئوا وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول وكذا اهل المحلة اذا نكلوا فيما اذا لم يكن هناك لوث حلف الولي ونقصان العدد كالنكول في الموضعين فجواز تكرار اليمين عنده على الولي دون اهل المحلة يحتاج الى تامل قوله والشافعي في البداية بيمين الولي وانما قال في البداية لانه يحلف الولي عنده اولا ثم اذا نكل استحلف المدعا عليه وهو اهل المحلة هنا فالاستحلاف عنده جاز في الجانبين غير انه يبدأ في جانب المدعي اذا كان الظاهر شاهدا له قوله ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وقد يقال بل قد يجعل حجة للاستحقاق كما اذا تنازع الزوجان فيما يصلح للنساء فان القول لها مع اليمين مع انها تحتاج الى الاستحقاق وكذا اذا تنازعا في مصراع باب ملقى في الطريق والمصراع الآخر في يد احدهما فان القول قول من في يده مثله مع انه ايضا يحتاج الى الاستحقاق قوله تعظيما لامر الدم قد يقال تعظيم امره حاصل بوجوب الدية قوله لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى مشكل لان حق المدعي لا يبطل باليمين حتى لو اقام البينة على دعواه بعد اليمين يقبل ويثبت ما ادعاه اشار اليه المصنف رحمه الله في باب خيار العيب حيث قال ومن اشترى عبدا فقبض وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن الى ان قال فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع

وليس في الرتق كبير ضرر لانه جاز على حجة هذا كلامه ففي قوله لانه على حجة اشارة
الى ان المدعى اذا برهن على ما ادعاه بعد الاستحلاف يقضى له ولهذا قال في الجامع الصغير رجل
قال لا بينة لي ثم جاء ببينة بعد ذلك يقبل في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد
رحمه الله لا يقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف رحمه الله فلو كانت اليمين بدلا
على حقه لم يصح القضاء ببينة بعدها كيلا يتكرر استيفاء الحق مرة بالبدل ومرة بالاصل
قوله وفي المرافاة ربدت ولهدت كذا في الصراح قوله ولان الخمسين واجبة بالسنة
فيجب اتمامها ما امكن وذلك بتكرار اليمين على واحد منهم وقد يقال كما يمكن ذلك بتكرار
اليمين على واحد منهم يمكن ايضا بضم اقرب المحال اليه كما يضم الى العاقلة اقرب
القبائل وذلك ان اهل المحلة انما يواخذون بالايمان لانهم قتلة تقديرا والعاقلة
ايضا يواخذون بالدية لذلك ثم يضم الى العاقلة الاقرب فالاقرب فكذا اهل المحلة فالاولى
ان يجاب بانه اثر عمر رضي الله عنه ~~قوله لان المصير الى التكرار ضرورة لاكمال الواجب ويقال~~
~~ان كان المتصور ... الحالفين~~ والله اعلم بالصواب ~~باب القسامة~~
قوله ولا على امراة ولا على عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها يشكل بما اذا
ان القتيل اذا وجد في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله عليها القسامة وتكرر الايمان عليها
لان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة هكذا علل قولهما في الكتاب
ووجه الاشكال ظاهر وجوابه ان ما ذكرنا من قوله ولا على امراة فمعناه ان المراة لا
يدخل مع الرجال في قسامة اهل المحلة فلا يناقض ما ياتي من وجوب القسامة على امراة
مالكة للقرية او الدار اذا وجد القتيل فيها واما التعليل المذكور هنا بقوله لانهما ليسا
من اهل النصرة فكانه تعليل على قول ابي يوسف رحمه الله فانه لا يوجب القسامة على المراة
وان وجد القتيل في دارها او قريتها واما وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله ومن الفرق
بين ما اذا وجد القتيل في المحلة وما اذا وجد في دارها او قريتها ان المراة اهل في
الراي والتدبير في اسباب دارها وقريتها فيجب عليها القسامة كما يجب على اهل المحلة
ولا راي لها ولا تدبير في اسباب المحلة فلا يشارك اهلها في القسامة قوله لان الظاهر
ان تام الخلق ينفصل حيا فان قلت الظاهر لا يكفي للالزام قلت نعم ولكن للظاهر في
باب القسامة حكم اليقين بالنص على خلاف القياس لانها بناء على وجود القتل من اهل المحلة
وذلك بحكم الظاهر لا غير قوله لان القتيل في ايديهم فصار كما وجد في دارهم مشكل فان الراكب
والقائد اذا تنازعا في دابة فالراكب اولى فعلم ان الدابة في يد الراكب قوله واما اهل خيبر

قال النبي عليه السلام اقرهم على املاككم هذا يخالف ما مر في باب الغنائم وقسمها وكتاب
المزارعة ايضا وقد ذكرناه بالاستقصاء قوله وان وجد في المسجد الجامع او الشارع
الاعظم فلا قسامة وقد يقال يجب ان تجب القسامة على اقرب المحال كما تجب على اقرب
القرى والنص الوارد في القريتين وارد في مثل هذا دلالة وجوابه ان المساجد
او الشارع بني للعامة فينبغي ان تجب القسامة عليهم والدية في مالهم غير ان القسامة
متعذرة لعدم الاحصاء وايجاب الدية في مالهم ممكن فيجب ما يمكن ايجابه ويسقط ما تعذر
بخلاف ما بين القريتين فانه غير منسوب الى احد فيعتبر فيه الاقرب قوله فيجب على عاقلتهم
مشكل لما مر ان الدية تجب للورثة فاذا وجبت لهم على عاقلتهم لزم ان يتحمل العاقلة عنهم
للحلم وقد جعله المصنف رحمه الله فيما تقدم من المحال وجوابه ان عاقلة الورثة انما يتحملون
الدية من حيث انهم اهل الدار وتدبيرها اليهم فهم قتلة تقديرا ثم هم انما يتحملون الدية
على العاقلة نيابة عن المقتول اذ الدية تجب اولا للمقتول حتى ينفذ منه وصاياه ويؤدى
منها ديونه وكم من شيء يثبت نيابة ولا يثبت اصالة كمن باع عبد غيره ثم برهن في
خيرة رب العبد على اقرار المشتري انه لم يامره بالبيع فانه لا يقبل بينته لانه متناقض
اما لو مات رب العبد وورثه البائع ثم برهن على اقرار المشتري بذلك يقبل لانه في
حيوة المورث لو قبلت بينته على هذا الوجه فانما يقبل من حيث انه اصيل ومن حيث انه
موروثا نقض وبعد الموت انما يقبل من حيث انه نائب عن الميت والميت لو ادعى لنفسه لا يكون متناقضا
فكذا نائبه كذا في الكافي فالورثة هنا انما يتحملون الدية من حيث انهم نائبون عن الميت
لا بالنظر الى انفسهم والميت لو استحق على عاقلتهم جاز فكذا استحقاق ورثته من حيث انهم قائمون
مقامه كتاب المعاقل قوله ان كان القاتل من اهل الديوان
بان كان غازيا وله ديوان يرزق منه فعاقلته من كان في ديوانه من الغزاة وان كان
كاتبا وله ديوان يرزق منه فعاقلته من كان يرزق من ديوان الكتاب ان كانوا يتناصرون
بها وان لم يكن ديوان فعاقلته انصاره ان كانت نصرته بالمحال والدروب تحمل
عليهم وان كان من القرية ونصرته باهل القرية تحمل عليهم وان كان لا ينصر بعضهم
بعضا فعاقلته عشيرته من قبل ابيه وان لم يمكنهم التحمل يضم اليهم اقرب القبائل من العصبة
ثم ثم الى ان يكفي كذا في الذخيرة قوله وانما يعتبر مدة ثلثين من وقت القضاء بالدية
لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد
المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بالقضاء ولهذا لو هلك قبل القضاء لم يضمن شيئا

فلأن الحق وجوب قيمة المقتول خطأ يوجب قيمته ولد المغرور من حيث لزم الوجوب
فيهما بالقضاء وهو مشكل وبيانه يتعلق بمسئلتين احدهما انه لو استولد مشتري الامة فجاء رجلان
واستحقاها بالبينة فان قضي للمستحقين عليه بالامة والعقر وقيمة الولد معا اشتركا
فيما يقبض احدهما لان الامة مشتركة والعقر بدل جزء مشترك لانه بدل المنافع وهو في حكم
جزء من العين وحكم البدل حكم المبدل وقيمة الولد بالقضاء لان حقه في الولد وانما ينتقل
الحق من عينه الى القيمة بالقضاء ولهذا يعتبر قيمته يوم القضاء وهو متحد وان وقع القضاء
متفرقا بان قضي لهما بالامة لا غير فغاب احدهما وقضي للاخر بنصف العقر وبنصف قيمة
الولد ثم حضر الاخر واقام البينة وقضي له بالنصف الاخر فليس له ان يشارك الاول فيما
قبض من قيمة الولد لانه انقلب مالا بالقضاء وهو متفرق وثانيهما انه لو جنى مدبر بان
قتل رجلا خطأ وله وليان اشتركا فيما يقبض احدهما من مولاه سواء وقع القضاء لهما معا
او متفرقا لان جناية المدبر لا يوجب الا القيمة لتعذر الدفع فكان سبب وجوب القيمة
لهما واحدا وهو الجناية فاذا اشتركا في اصل الحق اشتركا في المقبوض اما لو كان الجاني
مكاتبا ولم يعجز عليه وليان فان قضي لهما معا على المكاتب بقيمته اشتركا وان قضي لهما
متفرقا لا لان جناية المكاتب لم توجب القيمة بنفسها وانما وجبت بالقضاء اذ الباس
عن الدفع الذي هو الموجب الاصلي لم يثبت لامكانه بالعجز وكان وجوب القيمة مضافا الى
القضاء فاعتبر اجتماعه وتفرقه وفي المدبر القيمة متحتمة لتعذر الدفع فكان سبب وجوب
القيمة واحدا وهو الجناية فيشتركان في المقبوض كذا ذكر في الكافي في متفرقات كتاب
البيوع وحينئذ فلا اشكال ظاهر وهو ان وجوب القيمة في القتل خطأ لو كان مضافا
الى القضاء كما في ولد المغرور على ما ذكره هنا وجب ان لا يشتركا في جناية المدبر اذا
وقع القضاء متفرقا كما في ولد المغرور والمكاتب وغاية ما يمكن ان يقال ان الواجب
الاصلي في الخطا ان كان هو المثل ولا ينتقل الى القيمة بالقضاء بالنظر الى حقيقة
الامر فالقيمة كانها واجبة بنفس القتل اعتبارا لان المثل فيه لا يجب لذاته بل ليترتب
الخلف حتى لا يؤاخذ بالمثل في شيء من الصور فصار الخلف كانه هو الواجب ابتداء ثم ثبت
الحقيقة اعتبرنا المثل من وقت القضاء تخفيفا ومن حيث الاعتبار اثبتنا للشريك ولاية الشركة
قوله فلا معنى لاخراجه وموآخذة غيره ويقال لو اخذ القاتل لاخذ بجهة القتل حقيقة
والعاقلة ماخوذة باعتبار انهم قتلة تقديرا والقاتل الحكمي كالخلف من الحقيقي فالجمع
بين هاتين الجهتين كالجمع بين الاصل والخلف وذلك لا يجوز حتى لا يصح ان يغتسل

احدى وهو الغرب وبيانه الغرب ان الجمع بين الجهتين المختلفتين لا يجوز
الا يرى انه لا يجوز تضمين صاحب الاصول والفروع في الشهادة عند رجوع الفريقين
بل الواجب هو التخيير كما قال محمد او تعيين الفروع للضمان كما قالا اما الجمع فلا
لاختلاف الجهتين قوله فالبري عنه اولى قلت العاقلة ليست ببرية بل هم قتلة تقديرا
قوله قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى قلت ليس من قبيل احد الشخص
يوزر غيره بل العاقلة ماخوذة بوزر انفسهم وهو تقصيرهم في مراقبة القاتل والاخذ
على يده قوله والكفار يتعاقلون هذا يناقض ما مر في اول باب جناية المملوك
وهو قوله بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم قلت ذلك محمول على ما اذا لم يكن
المعاداة فيهم ظاهرة كما سيأتيك في الكتاب فالوا هذا اذا لم يكن للعاقلة فيما بينهم ظاهرة
الى اخره وقيل مخفف قوله لانهم لا يتعاقلون انهم لا بد يثبت التعاقل فيما بينهم ولكن
قوله لانهم التزموا احكام الاسلام تعليلا لقوله يتعاقلون بها يا بانه لان وجوب الدية
على العاقلة لما كان من الاحكام التي التزموها بالذمة كانوا ملتزمين لذلك عند عقد
الذمة فلا معنى لاشتراط تناصرهم بعد ما التزموا تلك الاحكام باسرها قوله ولما روي انه
عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل قلت قد ذكر
في الشروح ان العاقلة انما لا يعقل ما دون ارش الموضحة اذا كان ذلك بدل العضو
اما بدل النفس فيجب على العاقلة وان كان اقل من نصف عشر الدية الا يرى ان قيمة
العبد الذي حق عليه الجرح على عاقلة الحر وان كانت مائة او اقل منه وبدل
الجنين بدل النفس كما هو المصرح به في الكتاب فاذا كان القليل والكثير في بدل
النفس سواء في وجوبه على العاقلة لا يستقيم التمسك بايجاب دية الجنين على العاقلة
ومعنى بدل النفس على ان بدل ما دون النفس اذا كان نصف عشر الدية يكون على العاقلة
وان كان دونه يجب في مال الجاني وذلك ظاهر قوله ففي الثابت بالاقرار اولى
وقد يقال ما ثبت بالبينة يحتمل الانتساخ بالرجوع وما ثبت بالاقرار لا يحتمل البطلان
فان يكون الثابت بها اولى بالحكم المذكور من الثابت قوله ما دون النفس من العبد
لا يتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال قلت ما دون النفس من الجرا يضا يسلك
به مسلك الاموال كما نص به في غير موضع من الكتاب ~~فيجب ان لا يعقله العاقلة ايضا~~
والله اعلم

كتاب الوصايا

قوله الوصية غير واجبة
وهي مستحبة وقال بعض الناس هو واجبة على كل من له مال لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر

العدكم الموت الآية ولنا انها مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا ومن
تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع في حالة الحياة وما تلوناه منسوخ او محمول على الاستحباب
فان هذه الآية نزلت في الوصية في حق من ليس باهل الاستحقاق بالكفر لانهم كانوا حديث
عهد بالاسلام يسلم ولا يسلم ابوه وقرابته والاسلام قطع الارث فشرع الوصية فيما بينهم
لقضاء حق القرابة من حيث الندب قوله الا انا استحسنا لحاجة الناس الخ فان قلت
الوصية مشروعة في حق الكافر حتى لو دخل الحربي دارنا بامان فاوصى يجوز وهذا الوجه
الاستحسان لا يتاتى في حقه قلت الوصية في حقه كانها مستحسنة بالنص وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين فانه مطلق في حق الكافر والمسلم قوله ولا يجوز بما زاد
على الثلث قلت هذا اذا تعلق بالزيادة حق الوارث اما اذا لم يتعلق بها حقه بان لم
يكن له وارث او كان ولكن لم يكن مستحقا للثلثين كما اذا اوصى بجميع ماله لاجنبي وله امرأة
لا وارث له غيرها فان اجازت كان جميع المال للموصى له وإلا فلها السدس والباقي للاجنبي
والوجه انا نبدأ بالوصية بقدر الثلث بقي الثلثان ثم نعطي الوارث فنعطي لها ربعه سهم
من ستة بقي ثلثه ولا مستحق لها بحكم الارث فنعطي للموصى له وكذا لو اوصت بجميع مالها
لاجنبي وتركت زوجا لا وارث لها غيره فان اجاز الوصية فالمال كله للاجنبي وإلا فله
الثلثان لانا نبدأ بوصية الاجنبي بقدر الثلث ثم نعطي للزوج نصف ما بقي وهو الثلث بقي
ثلث آخر لا مستحق له بحكم الميراث فيكون للموصى له ثلثا المال قوله ولا معتبر باجازتهم
في حال حياته لانها اجازة من غير المالك حقيقة وحكما فلا يصح كما اذا وجدت من الاجنبي
وهذا لان محل الاجازة في العقد الموقوف هي ازالة الملك وازالته انما يصح من المالك
حقيقة او حكما والوارث قبل موت المورث ليس بمالك حقيقة حتى لو اعتق عبدا من
التركة قبل موت المورث لا ينفذ ولا حكما لان الاجازة منه لم يوجد بعد سبب الملك له في
التركة لان سببه موت المورث فانهم يتملكون التركة من وقت الموت لا من وقت المرض
الا يرى ان ما حدث من الزيادة قبل الموت بعد المرض يحدث على ملك المورث ولو كانوا
يتملكونها من وقت المرض لحدث على ملك الوارث فكانت الاجازة من غير الملك حقيقة
وحكما فلا يصح بخلاف الاجازة من المرتهن لانها وجدت من المالك حكما لانها وجدت بعد
وجود سبب الملك للمرتهن في المرهون لان قبضه سبب لثبوت الملك له في المرهون
حتى يجعل مستوفيا للدين من وقت القبض بعد الهلاك وليس كما لو عفوا عن جارح
ابيهم او اجازوا عفو ابيهم فانه يصح عفوهم لان العفو والاجازة ان وجدت قبل موت المورث

حقيقة فهو كالموجود بعد موته حكما لانه يستند الى وقت الجراحة حتى لو كفر بعد الجرح
قبل موت المجروح صح بخلاف الموت من المرض فالموت لا يستند الى حالة المرض الا
يرى ان الورثة لا يملكون التركة من وقت المرض فكانت الاجازة منهم قبل موت
المورث من حيث الحقيقة والحكم فلا يصح بل قياس مسألة الجراحة من مسائلنا ان لو وجب
القصاص والدية للمورث لا بجراحة المورث بان قتل عبده عمدا او خطأ فعفا الوارث قبل
موت مورثه لا يصح لان موت المورث هناك اقتصر على حالة الموت ولم يستند الى ما قبل
الاجازة حتى يظهر انها كانت بعد الموت فلا يصح كذا في الذخيرة قلت ويدل على ان الموت
لا يستند الى المرض ما لو غصب جارية فحمت في يده فردها الى المالك ثم ماتت من الحمى
لا يرجع المالك على الغاصب بقيمتها ولو استند موتها الى المرض لرجع وكذا لو زنى بجارية
مورثه في مرض موته حد ولو استند الموت واستند الملك باستناده لم يحد فعلى هذا قول
المصنف به غاية لا انه يستند عند الاجازة مشكل الا ان يحمل ذلك على تقدير التسليم اي لو سلم
انه يستند فالاستناد انما يظهر في حق القائم ويشكل على القول بعدم الاستناد ان حجر المريض
يثبت من اول المرض ويتوقف تصرفاته ولولا الاستناد لما ثبت الحجر من اول المرض وقد نص
الامام فخر الاسلام رضي الله يتعلق حق الوارث بنفس مرض الموت على ما يفصح عنه نص كتابه
الا انه يقال اول المرض وان لم يكن علته للموت الذي هو علة لثبوت خلافة الوارث في تركة
مورثه بل العلة هي تراكم الالم الذي يحدث عند الموت وانما الاضافة الى اول المرض لانه
مرض يحدث شيئا فشيئا فكان القائم عند الموت غير الذي كان سابقا عليه ولكنه في الصورة ممتد الى
وقت الموت ولهذا يقال امتد مرض فلان فبالنظر الى الحقيقة قلنا لم يتعلق حق الوارث
في ثبوت ملكه ونفاذ تصرفه وبالنظر الى الصورة قلنا يتعلق حقه في حجر المريض عن التصرف
فيما زاد على الثلث عملا بالاعتبارين وانما لم يورث هذا الاستناد شبهة في درء الحد اذ الدارئ له
انما هو شبهة الملك وفي حق الملك لم يثبت استناد الموت الى اول المرض اصلا بل لم يظهر
ذلك الا في الحجر وفي حق الملك الوارث لا استناد اصلا فلا يورث شبهة قوله لانها قبل
ثبوت الحق الى الملك لان اصل الحق ثابت لهم كذا في النافع وفيه بحث اذ لو كان اصل
الحق ثابتا لصحت الاجازة لانها حينئذ يكون اسقاطا لذلك الحق ولانه لو كان المراد بالحق
سوى الملك لكان الحق في قوله لانه بعد ثبوت الحق ايضا هو الملك وذا غير مستقيم اذ الملك لم
يثبت للوارث كانت الاجازة تمليكا منهم كاجازة المالك التمليك الفضولي وذلك خلاف
مذهبنا الا ان يقال معناه انه بعد ثبوت الحق نظرا الى السبب بخلاف ما قبل الموت فانه

المورث

قبل ثبوت الحق حقيقة وحكما على ما حققه في الذخيرة قوله لان الساقط متلاشي
وذلك ان الاجازة من الوارث بعد الموت ازالة للملك الحكمي الثابت له بالنظر الى السبب
وهو الموت وازالة الملك الحكمي اسقاط لانه لا يحتمل التمليك من غيره كملك المرتهن قوله
لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى مشكل بصحة عفو الوارث عن جارح
المورث مع ان حق الوارث في قصاص الجارح يثبت بعد الموت بطريق الاستناد وكذا اذا
باع المغصوب ثم ادى الضمان ينفذ بيعه منه مع انه عنده انما يثبت ملكه مستندا وله غير
نظير يوضحه ان الاستناد وان كان لا يظهر في حق المنقضي كالصلاة التي اديت بالتيمم ثم انتقض
التيمم لرؤية الماء مستندا الى وقت الحدث فالاجازة هنا غير منقضية بل موقوفة كعفو الوارث
عن جارح المورث وبيع المغصوب والاستناد يظهر في حق الموقوف وان كان لا يظهر في
حق ماضي والنقض فالنقض على تقدير تسليم الاستناد بما ذكر غير مستقيم فالظاهر منع الاستناد
في حق الملك على ما حققنا فلا ينتقض ما سبق على الملك قوله غاية الامر متعلق بقوله اذ الحق
ثبت عند الموت كان سائلا سال ان الحق ان كان يثبت عند الموت لكن مستندا الى
اول المرض حتى ظهر هذا الاستناد في حجر المريض عن التصرفات فيما زاد على الثلث
فاجاب بان الاستناد يظهر في حق القائم دون المنقضي وهذه الاجازة قد مضى وتلاشى
فلا يظهر الاستناد في حقه قوله فلو استند ذلك من كل وجه فيه اشارة الى ما ذكرنا ان
الاستناد هنا ثابت من وجه حيث يظهر في حق حجر المريض وقد مر وجهه قوله والرضا
ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة يشكل بعفو الوارث قبل موت المورث المجروح
عن الجارح فانه يصح مع ان له قبل الموت مجرد الحق كما انه ينقلب حقيقة بعد الموت
يوضحه ان الحق الذي ينقلب حقيقة انما ينقلب اليه اذا بقي فاما اذا لم يبق بان اسقط قبل
ان ينقلب حقيقة لا ينقلب الى الحقيقة بالضرورة فلا يثبت له الحقيقة حتى لا يعتبر رضاه
بسقوط الحق في بطلان هذه الحقيقة بل لا يثبت له الحقيقة اصلا بسقوط الحق الذي ينقلب
حقيقة قبل ثبوتها قوله وليس من شرطه القبض ولو كان من جهة الوارث لاشترط
القبض كذا في الشاهان وفيه نظر لان القبض شرط عند الشافعي كما نص عليه في الكافي
فلا يكون عدم اشتراط القبض دليلا على كونه وصية من الوارث كيف واشتراطه وعدم اشتراطه
مبني على كونه هبة من الوارث او وصية من المورث وقيل معناه وليس القبض من شرط
الوصية ليجعل من الوارث تصحيحا لهذا التصرف حيث لا يمكن القبض من المورث بعد
موته قوله ولا يجوز للقاتل لان قاتل الموصي عمدا كان القتل او خطأ حتى لو قتل المدبر

المولا

المولى يسعى في جميع قيمته وان كان تخرج من الثلث قوله بعد ان كان مباشرا احتراز
عن المسبب كحافر البئر فانه لا يحرم عن وصية من وقع فيه لان النبي عليه السلام
رتب الحرمان على المشتق حيث قال لا وصية لقاتل فيكون ماخذ اشتقاقه وهو
القتل علة له والتسبيب ليس من القتل في شيء لانه عبارة عن مباشرة الفعل لا يقال
الدية ايضا مرتبة على القتل قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة
ودية مسلمة الى اهله ومع انها لا تختص بالمباشر بل تجب على المسبب ايضا لانا قد
عرفنا ان الدية تجب بدل المحل لا جزاء الفعل فلا يترتب على القتل والترتب
على المشتق ان كان يوجب علية الماخذ لكن اذا دل الدليل على انه غير متعلق به
لا يتعلق به قوله لقوله عليه لا وصية للقاتل هذا النص باطلاقه يتناول ما اذا
وصى ثم جرح او جرح ثم اوصى وقوله لانه استعجله الخ لا يتناول ما اذا كانت الوصية
بعد الجرح لانه لا يوجد من الموصى له بعد الوصية فعل يوجب الاستعجال فكان اخص
من الاول وقال الشارح ان القاتل يجعل مستعجلا وان تقدم جرحه لانه انما يعتبر
كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر
الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية قلت هذا لا ينفع لان النظر الى كونه
قاتلا ان كان وقت الموت لتنفيذ الوصية وعدم تنفيذها فلا شك ان بهذا النظر لا
يتحقق منه فعل يوجب الاستعجال لان فعله من الجرح لا فعل منه بعده الا يرى انه
يعتبر حال المرمي اليه وقت الرمي لا وقت الوصول والموت حتى لو كان المرمي
اليه مسلما وقت الرمي فارتد وقت الوصول او الموت يجب الدية على الرامي عند
ابي حنيفة رح مع ان النظر الى كونه قاتلا او غير قاتل لايجاب الدية يكون وقت
الموت كما في الوصية قوله وقال الشافعي رح يجوز للقاتل هذا اذا كان الجرح قبل
الوصية فاما اذا اوصى ثم جرحه ومات من ذلك فان الوصية تبطل عنده رح قوله
وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده
لا تبطل وهذا يخالف ما ذكر الشارح من ان الشافعي فرق بين تقدم الجرح على الوصية
وتأخره فقال ان اوصى قبل الجرح ثم جرح بطلت الوصية وان اوصى بعد الجرح
صحت لان القاتل في الصورة الاولى مستعجل لما اخره الله تعالى وفي الثانية غير
مستعجل وهكذا ذكر بعض الشارحين ثم هنا بحث وذلك ان ما ذكر اولا من قوله ولا
يجوز للقاتل ان كان المراد منه القاتل وقت موت الموصي سواء كان جارحا قبل

لاحراز وسوال اهل فوجب اعتباره والله اعلم **قوله** واقرار المريض للوارث على
علمه لب يعتبر وارثا او غير وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب تجدد بعد الاقرار
صح الاقرار وان ورث بسبب كان قايما وقت الاقرار لم يصح فلو اقر لاجنبية ثم تزوجها
صح ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موته لم يصح اقراره للاخ لانه ورث بسبب
كان قايما وقت الاقرار فظهر ان اقرار المريض على عكس الوصية من حيث نفس الاعتبار
فان الاعتبار في الاقرار لوقته وفي الوصية لوقت الموت واما في كيفية الاعتبار فليس
الاقرار على عكس الوصية اذ المعتبر في الاقرار حالة الاقرار بمعنى ان من احرز ميراثه
بسبب قايم وقت الاقرار لم يصح له الاقرار ومن احرزه بسبب حادث صح الاقرار والمعتبر
في الوصية حالة الموت بمعنى ان من كان محرزا لميراثه وقت الموت يبطل الوصية
في حقه سواء احرز بسبب قايم عند الوصية او حادث بعدها ومن لم يحرز ميراثه بعد الموت
لا يبطل الوصية في حقه سواء كان سبب الاحراز قايما وقت الوصية ام لا فظهر ان الوصية
على عكس الاقرار في نفس الاعتبار اما في كيفيته فهي مباينة له لا عكسه **قوله** وفي
الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة وذكر في السير الكبير ما يدل على الجواز
الوصية لهم ووجه التوفيق انه ينبغي ان لا يفعل ولو فعل يثبت الملك لهم لانهم من اهل
الملك كذا في الشرح وذكر الشارح قبيل هذا ان بطلان الوصية للحربي لانعدام الاهلية
في حق الموصى له فان الحربي كالميت في حق اهل الاسلام والميت لا يكون اهلا
للوصية فاذا كان الحربي في حكم الميت والميت لا يثبت له الملك بالوصية فكذا الحربي
وهذا ينافي التوفيق المذكور ثم اقول ان المشايخ اختلفوا في وجه عدم جواز الوصية للحربي
فقيل انه كالميت في حقنا وقيل انا نهينا عن البر في حقهم فعلى الاول الوصية له باطلة
لا يتحقق بها شيئا وعلى الثاني لا يجوز ان يوصي له وان اوصى جاز وهم اختلفوا ايضا
فمنهم من حمل المذكور في جامع الصغير والسير الكبير على روايتين ومنهم من وفق
على نحو ما ذكر فالظاهر ان من وفق بين الروايتين فقد جعل النكتة في عدم الجواز
النهي عن البر في حق الحربي ومن حمل على الروايتين فكان النكتة عنده مرضيا
ذكر الشارح من انه كالميت فعلى هذا لا تنافي فيما ذكرنا ولكن المذكور في السير الكبير ان
الوصية لاهل الحرب باطلة وصورة ما ذكر فيه لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا
يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن
له من ذلك شيء وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا يعمل

اجازة الورثة فقد نص على عدم الجواز في اصل المسئلة وعلى البطلان في الفرع كذا في
الذخيرة **قوله** ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا
يرد عليه بالعيب **قلت** ذكر في الذخيرة في الفصل العشرين من كتاب الدعوى ان الموصى
له في حكم الوارث يرد بالعيب اذا لم يكن للميت وارث حيث قال ولو ان الموصى
له اقام البينة ان فلانا مات ولم يدع وارثا واوصى اليه بالالف التي قبل فلان
وديعة وقال الشهود لا نعلم له وارثا والذي قبله المال مقر بالمال يقضى بالالف للموصى
له فرق بين هذا وبين ما اذا كان للميت وارث فان هناك المودع لا يصلح خصما للموصى له
بانه اذا كان له وارث لا يمكن ان يجعل الموصى له كالوارث لما فيه من ابطال وراثة
من جعله الشارع وارثا في قدر الموصى به وليس له ولاية ابطال ما اثبته الشرع فيجعل
الايصاء له بمنزلة تمليكا له وان لم يكن له وارث فالموصى له يجعل وارثا لان الموصي
اقامه مقام نفسه فيما يتركه وهو تفسير الوارث والممكن جعله وارثا لانه لا يؤدي الى
ابطال ما اثبته الشرع فجعل كالوارث وبيد المودع لا يدفع خصومة الوارث ولهذا قلنا
ان الموصى له حال قيام الوارث لا يرد بالعيب بمنزلة المشتري والموهوب له وفي حال
عدم الوارث يرد بالعيب كالوارث هذا كلامه فحين كان الموصى له كالوارث اذا لم
يكن للميت وارث حتى يرد بالعيب وجب ان لا يشترط قبوله في هذه الصورة والحصر في قوله
الا في مسئلة واحدة يتعريات القبول شرط في غير هذه المسئلة مطلقا سواء كان له وارث
او لم يكن وايضا ذكر المصنف في الشهادات ان ملك الوارث متجدد حتى يجب عليه الاستبراء
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير **قوله** وجه الاستحسان ان
ان الوصية من جانب الموصي قد تم الخ وهنا وجه اخر للاستحسان اشير اليه في الذخيرة
وذلك ان الوصية يشبه الهبة من حيث انها تمليك الغير والارث من حيث انها يملك
بالموت فاعتبرناها هبة ما دام القبول مرجوا من الموصى له وارثا متى وقع الياس
عن القبول في اخر جزء من اجزاء حيوة الموصى له فصار الموصى به ملكا للموصى
له في اخر جزء من اجزاء حيوته فصار الموصى به ميراثا لورثة الموصى له من جهته
والميراث لازم لا يرتد بالرد **فان قلت** ذكر في الذخيرة قبل هذا ان الوصية لما اشبهت
الهبة والارث شرطنا قبول الموصى له عملا بشبه الهبة ولم يشترط القبض عملا بشبه الميراث
فلما وفي شبه الميراث بعدم اشتراط القبض وشبه الهبة باشتراط القبول فلا حاجة بنا
الى اعتبار شبه الميراث ثانيا في عدم اشتراط القبول عند وقوع الياس عنه لانا قد

كفيا موته شبه الميراث في عدم اشتراط كيف والقبول لما كان شرطا لرعاية جانب الهبة
وجب ان يتوي الحالتان اعني حالة لزوم القبول من الموصى له وحالة عدمه كما في
الهبة اجيب بان الوصية واجب التصحيح مهما امكن واذا امكننا اعتبار شبه الارث
والهبة جميعا اعتبرناهما وذلك عند لزوم القبول من الموصى له فاشترطنا القبول حينئذ
دون القبض عملا بالشبهين اما اذا وقع اليأس عن القبول فشبه الارث صار متعينا
للاعتبار بتنفيذ الوصية بالقدر الممكن واما الوجه المذكور في الكتاب فلا يعقل فيه فقه
سوى ان يقال ان الوصية واجب التنفيذ بالحاقها بعقد من العقود حتى يصح الوصية بما
يثمر نخيله الحاقا لها بعقد المعاملة وقد امكننا الحاقها فيما اذا مات الموصى له قبل القبول
ببيع شرط الخيار فيه للمشتري ثم مات المشتري في مدة الخيار فيجب الالحاق به تنفيذا لها
بالقدر الممكن اما ما دام القبول موهوما فجعلها ملحقة بالهبة لانها اقرب العقود اليها بخلاف
ما اذا وقع اليأس عنه قوله بخلاف العبد والمكاتب اذا قال اذا اعتقت فثلث مالي
وصية لفلان لان اهليتهما متحققة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوط مشكل
لان العبد لا يصلح للتمليك لانه ليس بمالك للرقبة والتمليك من غير المالك لا يكون
والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فلا يملكه الا من كان اهلا للملك والرق ينافي
المالكية فينافي التمليك نعم هذه وصية معلقة بالاعتاق ولكن التعليق انما يملكه مالك
التنجيز والعبد لا يملك تنجيز الوصية بان يقول اذا مت فثلثي لفلان فكذا لا يملك تعليقها
بان قال اذا اعتقت فثلثي لفلان وجوابه لان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده فالتمليك
المعلق ليس بتمليك في الحال بل هو عبارة مرتبة ليس الا فيملكه من كان مالكا للعبارة
وللعبد عبارة صحيحة فيجب ان يعتبر اذا اضافه الى حال زوال حق المولى فاما الوصية
المنجزة فانما لا يملكها العبد لان تعليق التمليك بالموت ومن شرط التعليق ان يكون
الجزاء ظاهر النزول عند وجود الشرط ووصية العبد ليس كذلك بل الظاهر فيه عدم النزول
اذ هو عبد في الحال فالظاهر بقاؤه على صفة الرق عند الموت وتمليك العبد باطل
فاما اذا علق الوصية بالاعتاق فالوصية عند وجوده بعد الاعتاق يصير ظاهر الوقوع
عند الموت فلا مانع من صحته قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة
اشهر لعله من وقت الموت الموصي لانه وقت
وجوب الوصية وهو وقت الموت لا وقت الوصية لان وجود الموصى له انما يشترط وقت
يتعلق بهما جميعا كذا في الشرح قلت ذكر الشارح في اول الكتاب عند بيان شرائط الوصية

ما يدل على ان وجود الموصى له شرط عند الوصية حيث قال ومنها اي من الشرائط ان
يكون الموصى له موجودا حيا وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان
موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما يعرف حيوته في ذلك الوقت اذا ولد لاقل
من ستة اشهر ربما هنا كلامه فهذا يدل على اشتراط وجود الموصى له وقت الوصية وههنا
صرح بان الشرط وجود الموصى له وقت الموت دون الوصية وهذا بناء على اختلاف الروايتين
ففي وصايا شرح الطحاوي الوصية بالحمل وللحمل جائزة اذا علم انه كان موجودا في البطن
بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي وذكر الطحاوي انه يعتبر
المدة من وقت الوصية كذا في الذخيرة ثم المراد بما ذكر في الكتاب من قوله اذا وضع
لاقل من ستة اشهر التيقن بوجود الحمل عند موت الموصي او الوصية على اختلاف
الروايتين وذلك لما ذكر في الاصل انه اذا مات الرجل عن مرأة حبلى فاوصى لحملها
رجل ثم ولدت لستة اشهر فصاعدا الى سنتين من يوم موت الزوج صحت الوصية لان
النسب قد ثبت ولا يمكن ثبوته بعلوق حادث بعد الموت لعدم تصور العلوق من الميت
فبالضرورة يثبت النسب بعلوق حادث قبل موت الزوج فكان الحمل موجودا وقت
موت الموصي بالضرورة وان ولدت لاكثر من ستة اشهر من يوم موت الموصي قوله من وقت
الوصية الظاهر انه اعتبر المدة من وقت الوصية كما هو رواية الطحاوي قوله اما الاول اي
الوصية للحمل فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفته في بعض ماله والجنين
صلح خليفته في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخت له انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك
على قلت قد سبق في الشرح ان الوصية يشبه الارث من حيث انها يملك بالموت كالارث
ويشبه الهبة من حيث انها تمليك من الغير حقيقة قلنا بانها لا يملك قبل القبول كالهبة
ويملك من غير قبض كالارث عملا بالشبهين واذا كان هبة من وجه ينبغي ان لا يثبت
استحقاق الوصية للحمل بالك لان جهة الهبة يقتضي ان لا يصح للحمل وجهة الارث يقتضي
ان يصح فلا يصح بالشك قلنا مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت
بمعدوم على خطر الوجود كالثمر والغلة فاذا دارت بين الثبوت وعدمه يحكم بثبوته
دفعا لحاجة الميت ويجعل شبه الوصية بالميراث راجحا اولى ان يجعل المرجوح راجحا
لتصحيحها في مسألة الوصية ببيت من دار مشتركة فانه يجعل ثمة في القسمة معنى الافراز
راجحا مع ان الراجح في العقار معنى المبادلة على ما يجي فلان يجعل المساوي راجحا
تصحيحا للوصية اولى قوله بعوض الوجود لي عند نفاذ الوصية وهو وقت موت

الموصي فلا يناقض قوله اول الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فتامل **قوله** لان اسم
الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها
لان الحمل ليس من اجزايها حقيقة كالبدل والرجل فيصح افرادها بالوصية وذلك انه انما لا يصح
افرادها بها ان لو كان الحمل من اجزايها حقيقة كما لو اوصى بها الا يدها او رجلها ولكن
الحمل ليس من اجزايها حقيقة فيصح افرادها بالوصية فكانه كني بقوله لا يتناول الحمل لفظا
عن عدم كون الحمل من اجزايها حقيقة لان التناول اللفظي لازم لما هو من اجزايها فانتفى
بانتفاء اللازم من انتفاء الملزوم والا فلا تاثير في صحة افرادها بالوصية لعدم تناولها لفظا لما
من حيث ان عدم تناولها من امارات انها ليس بجزء لها حقيقة **فان قلت** اذا كان اسم
الجارية لا يتناول الحمل لفظا وجب ان لا يصح استثناوه لانه تصرف في الملفوظ **اجيب** بانه ان كان
لا يتناول الحمل لفظا من حيث الحقيقة فهو يتناوله لفظا من حيث الحكم فان الحمل لجزء
منها حقيقة يتنفس بتنفسها ويتغذى بغذايها وينفصل عنها بالمقراض ويعتق باعتاقها والتناول
اللفظي من حيث الحكم وكونه من اجزايها حكما يكفي لصحة الاستثناء وهذا معنى ما ذكره في الكافي
بقوله يكفي لصحة التركيب بجزء كما في استثناء ابليس يعني ان الحمل ان لم يكن من اجزايها
فهو متزي بزي اجزايها فكان من اجزايها حكما فيصح استثناوه كما صح استثناء ابليس
من الملايكة لكونه في زي الملك وكونه من الملايكة حكما وان لم يكن منهم
حقيقة فانه كان جنيا للملك لقوله تعالى وكان من الجن ففسق عن امر ربه
قوله ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناوه لان كل جزء من اجزاء الشيء يصح افراده
بالعقد صح استثناوه من ذلك العقد وما لا فلا وذلك ان صحة افراده بالعقد دليل
انفصاله عن ساير الاجزاء في حق هذا العقد ومتى صح انفصاله صح استثناوه بخلاف
ما لا يصح افراده بالعقد فان عدم صحة افراده به دليل انه لا يحتمل الانفصال في هذا
العقد عن ساير الاجزاء او ما لا يحتمل الانفصال استحال استثناوه وبهذا التقدير
سقط ما يقال ان البناء يصح ايراد عقد البيع عليه مع انه لا يجوز استثناوه وذلك ان
البناء ليس بجزء من الدار لا حقيقة ولا حكما اذ الدار اسم للعرصة دون البناء وانما هو
من توابعه وصفاته والمراد بالاصل المذكور هو الجزء الذي يصح افراده او لا يصح لان
اللفظ متناول له فيراد انه هل يحتمل الانفصال ام لا فان احتمل في حق عقد صح استثناوه من
ذلك العقد والا فلا **قوله** واذا كان ثابتا في الحال يعني باقامة البينة اذ هي مفرض

المسلم كان في الجرد كاذبا فكان لغوا كذا في بعض الحواشي وقد يقال كيف يصح
اقامة البينة على الوصية التي يمكن دفعها بالرجوع فلا يتحقق الالزام والابطال **قوله** ومن
اوصى لزيد وعمرو فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد وقد يشكل الفرق بين هذا وبين
ما اذا اوصى بالثلث لموالي بني فلان فاذا له مولى واحد يكون له النصف وكان
النصف الاخر مردودا الى الورثة ووجه الفرق ان قضيته **قلنا** لموالي فلان ان
يكون لكل واحد من الموليين كقولنا بين زيد وعمرو وعمرو ميت فلا يستحق الموجود الا
النصف حيث لم يوص له الا بالنصف فلا يستحق الزيادة بخلاف ما اذا قال اوصيت لزيد
وعمرو فاذا عمرو ميت لانه لما قال اوصيت بثلث مالي لزيد فقد تمت الوصية ولهذا لو رد
احدهما كان للاخر تمام الثلث بثلث المال لزيد ثم العطف مغير والكلام ان كان يتوقف
على اخره اذا كان في اخره ما يغير اوله ولكن العطف هنا لا يصح مغيرا لعدم الاهلية
فيثبت الوصية بالثلث لزيد بلا مزاحم فيستحق الثلث بتمامه وقد يقال في الفرق انه
يكفي لصحة الوصية وانعقادها بتوهم وجود الموصى له وقت الموت الا يرى انه لو اوصى
لاولاد فلان ولم يكن له ولد وانما ولد بعد الوصية قبل موت الموصي فالوصية له صحيحة
صرح بذلك في المبسوط وكذا الوصية للحمل جايزة اذا علم وجودها وقت موت الموصي وان
لم يكن موجودا حالة الوصية على ما مر اليه الاشارة في الشرح ولا شك ان وجود مولى
اخر يتوهم عند موت الموصي فينعقد الوصية بالكل لمواليه ثم اذا لم يكن حالة الموت الا
مولى واحد يتنصف ضرورة كما اذا اوصى لزيد وعمرو ثم مات احدهما بخلاف ما اذا كان
احدهما ميتا حيث لا يتوهم وجود الميت حالة الموت فلا ينفذ الوصية له فيكون كل الايجاب
واقعا للحي فيستحق كل الثلث ولكنه غير سديد لانه اذا اوصى لزيد ولولد بكر ولد فمات
ولده قبل موت الموصي فالثلث كله لزيد وان لم يمت الموصي حتى ولد لبكر عشرة
اولاد ثم مات الموصي فالثلث بين زيد واولاد بكر على عدد روسهم لان الموصى له
اذا كان غير معين يعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصي ويوم موته لبكر عشرة اولاد
فيقسم الثلث على احد عشر سهما كذا في الذخيرة والكافي فعلم ان انعقاد الوصية لاكثر
من واحد فيما اذا كان الموصى له غير معين لا يوجب التنصيف اذا كان احدهما موجودا
عند الموت **قوله** واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه **قلت**
ان في هذه المسألة اشكالا في ستة مواضع الاول في قوله فللموصى له مثل ذرع البيت وذلك
انه يناقض ما ياتي من ان البيت اذا وقع في نصيب شريكه والدار مائة ذراع والبيت

عشرة اذرع بقسم ما وقع في نصيب الموصي على احد عشر سهما عندهما فلو كان للموصي له مثل
ذرع البيت لكان ينبغي ان يقسم على خمسة اسهم سهم للموصي له واربعة للورثة وجوابه
ان المراد بقوله له مثل ذرع البيت انه يصح الوصية في مقدار ذرعه ضربا لا استحقاقا
حتى يضرب بمقدار ذرعه ويضرب الورثة بمقدار نصف الدار سوى البيت فيقتسمون
بطريق العول ضرورة تضيق المحل كما لو اوصى لرجل بالف درهم ولآخر بالفين فان
الوصية تصح في الكل ضربا لا استحقاقا وان كان لا يخرج من الثلث لان صاحب الالف
يضرب في الثلث بالف وصاحب الالفين يضرب فيه بالالفين فيكون الثلث بينهما
اثلاثا بطريق العول فكذا هنا تصح في مقدار ذرع البيت ضربا ثم نصيبه انتقص من ذلك
لضرورة التقسيم بطريق العول ~~فكذا هنا تصح في مقدار ذرع البيت~~ الثاني في قوله ومعنى
المبادلة في هذه القسمة تابع وذلك ان هذا يخالف ما ذكره المصنف رحمه الله في كتاب القسمة
ان الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في
الحيوانات والعروض فوجه التوفيق مشتبه واجاب الشارح فقال ووجه ما ذكر
هناك ايضا بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض بقوله
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء
والذي نحن فيه من جنس واحد فكان معنى المبادلة فيها تابعا كما ذكرهنا لان
الخبر لا يجري في المبادلات ومعنى قوله المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
لعل اذا لم يكن من جنس واحد الى هنا لفظه وفيه نظر اما اولا فلما ذكر في الكافي في
كتاب الدعوى فقال دار لثلثة مات احدهم وبرهن رجل انه لاخ الميت وقضى له
ثم ادعى آخر انه ابن الميت وكذب الاخ وصدقه الشريكان فلا سبيل له على ما في يد
الاخ قبل اقامة البينة لانه مكذب وبمجرد الدعوى لا يستحق شيئا وان اراد ان يدخل
مع الشريكين في نصيبهما باقرارهما لم يكن له ذلك لان القاضي جعل نصيب الميت في
يد اخيه بقضائه فيما وان اقرا بانه ابن الميت فانما اقرا بنصيب الميت ~~في ايديهما~~ فلا
سبيل له عليهما قبل القسمة وبعد القسمة بقضاء او بغيره يدخل الابن في نصيبهما لان القسمة
في غير المثليات مبادلة حكما فكان بعض الميت في ايديهما عوضا عما كان لهما كما لو اخذ
الاخ بالحكم فانه يدخل في نصيبهما قبل القسمة لانهما اقرا ان الاخ غصب منهما الثلث شائعا
اذ النقل الحقي انما يرد على البعض المعين من جهة الباقي فبقي الباقي مشتركا بخلاف
المثلي لعل اذا كان مثليا كالمكيل والموزون لا يشاركهما لانه افراز محض هذا حاصله فقال

ولم يرع احدهما شيئا من نصيب الميت

اعتبر قسمة الدار مبادلة لا افرازا وبهذا صرح المصنف رحمه الله والشارح في كتاب الوقف
فقال المصنف واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي
يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة
فلانه تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا وقال
الشارح قوله الا ان يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه على طريق الاتباع لان
القسمة ليست من انواع البيع ولكن المبادلة راجحة في العروض بخلاف المكيلات والموزونات
فان معنى الافراز والتمييز راجح فيها ولما كانت المبادلة راجحة في قسمة العقار جوز
استثناؤها من البيع لوجود معنى البيع من وجه فهذا تنصيص من المصنف والشارح
على ان معنى المبادلة في الحيوانات والعروض هو الغالب وان كان من جنس واحد
وان معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فلا يصح ان يحمل قوله في كتاب القسمة ومعنى
ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض على ما اذا لم يكن من جنس واحد
كما ظن الشارح واما ثانيا فلان ما ذكر الشارح هنا يخالف ما ذكر في كتاب القسمة رواية
ودراية حيث قال عند قوله ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة اي في جميع الصور سواء كانت
في ذوات الامثال او غيرها لكن في ذوات الامثال معنى الافراز راجح لان ما يقبض
كل واحد نصفه ملكه من الاصل بحقيقة ونصفه ملك صاحبه صار له من جهة صاحبه
بالقسمة الا ان ما اخذ كل واحد من نصيب صاحبه في ذوات الامثال مثل ما ترك عليه
بتعيين فاخذ مثل الحق بتعيين كاخذ عينه حكما وقال عند قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض اي في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال
في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فتثبت المبادلة فيها راجحة لانها افراز
حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هو مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم
فلان نصف ما اخذ كل منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من
ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المبادلة بيقين فالافراز مع
المبادلة استويا في الحكم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا لفظه وهذا تصريح بان المبادلة
في غير ذوات الامثال راجحة سواء كانت من جنس واحد ولم يكن اذ الفقه المذكور
لا يفترق بين متحد الجنس ومختلفه ثم قال عند قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد
اجبر القاضي على القسمة هذا جواب لسوال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو

الظاهر في الحيوانات والعروض بان يقال لو كان الرجحان للمبايعة لكان لا يجبر
الابي على القسمة في غير ذوات الامثال قلنا انما يجبر لدفع الضرر عن الغير كالغريم
يجبر لنقضي الدين هذا لفظه فلو كان المراد من قوله المبادلة هو الظاهر في
الحيوانات والعروض ما اذا لم يكن جنسا واحدا كما صرح به هنا لم يكن لهذا السوال والجواب
معنى ثم هذا اعتراف من الشارح بان الراجح في غير ذوات الامثال التي تجبر فيها
على القسمة هو معنى المبادلة فالاولى ان يقال قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع
معنا انها جعلت تابعة تصحيحا لتصرفه كما جعلت تابعة في الرقيق لتصحيحه وان كان هو الراجح
في نفسه وفي الوصية يجعل المعدوم كالموجود فكذلك باعتبار المرجوح والله اعلم الثالث في
قوله اما لانه عرضه كما ذكرنا في مسئلة الجارية المنزلة وجه الاشكال ان المعاوضة
انما يتحقق في نصف البيت لما سبق ان ما باخذ كل واحد منهما نصفه ملكه من الاصل ونصفه
ملك صاحبه صار له من جهة صاحبه بالقسمة فيكون نصف البيت فقط وقع في نصيبه
بلا عوض وانما المعاوضة في النصف الذي صار له من جهة صاحبه فلما كانت المعاوضة
في النصف ينبغي ان يكون للموصى له مثل ذرعان نصف البيت اذ ليس ما وقع في نصيب الموصي
من عوض البيت الا مثل نصف ذرعانه ضرورة انه لا معاوضة الا في نصف البيت فقوله
اما لانه لما قدر ذرعان جميعه عوضه لا عوض البيت ممنوع وجوابه ان المعاوضة في النصف
ثابتة حقيقة انه ملكه صار لصاحبه من جهته وفي النصف الآخر ثابتة لجهة الملك من
حيث انه كان بعرضية ان يقع في نصيب الموصي فيملكه والجهة في باب الوصية كالحقيقة لانه
يحتال في اثباتها لحاجة الميت اليها فاعتبرنا في الوصية في الكل كان جميع ما سلم للموصي
عوض لجميع ما سلم لشريكه فتنفذ الوصية في قدر ذرعان جميع البيت لانه عوضه بعضه حقيقة
وبعضه جهة ثم يشكل بانه اعتبر البيت اذا وقع في نصيب الموصي عين حقه نظرا الى
معنى الافراز ثم اعتبرنا ما وقع في نصيب الموصي من قدر ذرعان البيت اذا لم يقع البيت في
نصيبه عوض البيت ولا وجه الى ذلك لانه ان اعتبر في هذه القسمة معنى الافراز وجب
ان يجعل ما يقع في نصيب الموصي عين حقه في الوجهين وان اعتبر فيها معنى المبادلة لزم
ان يجعل ذلك عوض حقه في الوجهين لا ان يقال اعتبر معنى الافراز فيما اذا وقع
البيت في نصيب الموصي ومعنى المبادلة فيما اذا وقع في نصيب شريكه تنفيذا للوصية
التي يجب تنفيذها بالقدر الممكن وبذلك ايضا بان قدر ذرعان البيت اذا كان عوضه
يجب ان يستحق الموصى له جميع ذرعانه كما كان يستحق جميع البيت اذا وقع في نصيب

الموصي والا يستحقه بل يضرب به وجوابه سيذكر لك ان شاء الله تعالى قوله اذا لان
مراد الموصي الخ قلت هذه التعليلات ايضا يقتضيان استحقاق جميع ذرعانه لا ان
نلتزم استحقاق ذلك للموصى له على هذا التعليل قياسا على الرواية التي جاءت في
اقرار احد الشريكين ببيت بعينه قبل القسمة فان من المشايخ من قال ان البيت
اذا لم يقع في نصيب المقر يقسم ما في يد المقر على خمسة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومسئلة
الوصية كمسئلة الاقرار واما ما ذكره المصنف من ان نصيب الموصي اذا لم يقع البيت في نصيبه
يقسم على احد عشر فهي رواية بعض المشايخ وتخريجه مشكل وسنشير الى وجه صحيح في ذلك
ويمكن ان يقال هذه التعليلات لبيان ان للموصى له تمسكا صحيحا في استحقاق مقدار
جميع ذرعان البيت وللورثة ايضا تمسك صحيح في ان حقهم في خمسة واربعين فيعتبر
زعم كل ويقسم ما للموصي على احد عشر وسنحققه ان شاء الله تعالى الرابع في قوله انه
يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جميعا بين الجهتين التقدير والتمليك ووجهه ان
التقدير لما كان مرادا بطل اعتبار التمليك والا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فينبغي
ان لا يلزم رعاية الحقيقة بعد ما صار المجاز مرادا وجوابه ان التمليك ان لم يبق مرادا
فلا اقل من الجهة والجهة في باب الوصية كالحقيقة فيراعى ما امكن الخامس في قوله
او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه
الآخر وذلك ان هذا جمع بين الحقيقة والمجاز وجوابه انه بنا على ما اختاره المصنف من
ان الجمع بينهما جائز باختلاف الجهتين صرح بذلك قبيل باب العتق على جعل السادس في قوله
وعلى هذا يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام
احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ووجه الاشكال وجوابه قد ذكر الشارح بقوله
فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصي على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة
لانه لما صحت الوصية عيد هما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة
ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد رحمه الله وزعم الموصى له
ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل
خمسة سهما فصار الكل احد عشر لفظه وفيه نظر لانه لو كان زعم كل معتبرا تمسكا بمذهب
لكان ينبغي ان يعتبر زعم كل من الموصى لهما فيما اذا وصى لاحدهما بالثلث وللآخر بجميع
المال فان الموصى له بالكل يزعم ان حقه في ثلثة ارباع الثلث تمسكا بمذهب ابي حنيفة فينبغي
ان يقسم المال بينهما على خمسة اسهم ثلثة للموصى له بالكل وسهمان للموصى له بالثلث والوجه

ان يقال ان الموصى له يزعم ان حقه في العشرة زعما منه انه اراد التقدير بالبيت نظرا
الى ان الظاهر من حاله ان يقصد وصيته نافذة في كل البيت البتة ولا ذلك الا
بالارادة التقدير وزعم الورثة ان حقه في خمسة اذرع زعما منهم انه اراد بالبيت حقيقته
لانها اصل فيكون الوصية نافذة في نصفها فياخذ الموصى له عوض ذلك النصف لما تعذر
اخذ عينه وكل يتمسك بوجه صحيح فقلنا ان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين
جمعا بين الجهتين فيكون معنى قوله الا ان الموصى له يضرب بالعشرة زعما منه انه اراد
التقدير بالبيت لا حقيقته وهم بخمسة واربعين زعما منهم انه اراد حقيقة البيت فيصير
السهام احد عشر سهمان للموصى له وتسعة للورثة هذا والكلام بعد محل تامل لان التعليل
المذكور بقوله الا انه عوضه دليل ظاهر على ان تمسك الورثة بارادة الحقيقة لا يقطع
حق الموصى له في مقدار ذرعان البيت من نصيب الموصى لانه لما كان عوضا من جميع
البيت يجب تنفيذ الوصية في الكل الا ان يقال العوضية في التحقيق انما هي في
نصف البيت على ما حققنا اما في جميعه فالعوضية اعتبارية مبنية على احتمال وقوع
البيت في نصيب الموصى كما ذكرنا ولو كانت للعوضية في الكل بحقيقته لظهر حق الموصى
له في الاستحقاق فلما كان اعتبارية ظهر ذلك في الضرب لا في الاستحقاق توضيحه ان الوصية
بالبيت قد صحت لاحتمال نفاذها على اعتبار وقوع البيت في نصيب الموصى فلو وقعت
في نصيبه ظهرت تلك الوصية في الاستحقاق وان وقع في نصيب شريكه ينفذ في قدر
ذرعانه مما وقع في نصيب الموصى ضرورة ان ما وقع في نصيب الموصى ان لم يكن عوضا عن
جميع البيت بالتحقيق فهو عوض من جميع البيت بالاعتبار وكان محلا لنفاذ تلك الوصية
من وجه دون وجه فاظهرنا ذلك في الضرب دون الاستحقاق عملا بالاعتبارين وهنا يصلح
وجها مستقلا لتقرير قول ابي حنيفة رحمه الله والله اعلم بالصواب

باب الوصية بثلث المال

قوله ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث قلت هذا اذا
اوصى بما زاد وكان ذلك لا يسلم للموصى له الا بالاجازة الوارث اما اذا اوصى بما زاد
على الثلث ولم يتوقف ذلك على اجازة الوارث فابو حنيفة رضي الله عنه يضرب للموصى له
بالزيادة على الثلث ايضا صورته ما اذا ترك امراة لا وارث له غيرها واوصى لاجنبي بجميع
ماله ولامراته بنصف ماله يعطي للاجنبي اولا ثلث ماله وللمراة ربع ما بقي والباقي يقسم
سهما على قدر حقوقهما وجه ذلك انا نبدأ بوصية الاجنبي بقدر الثلث ونعطي للمراة الميراث
ربع ما بقي وصار الحساب من ستة بقي ثلثه بينهما على قدر حقهما وحق الاجنبي كان ثلثه وقد
استوفى سهمين بقي حقه في سهم نصف ذلك السهم في محل الوصية ونصفه في محل
الميراث وسويتحق الضرب بالكل لان الوصية في هذه المسئلة حصلت بالنصف
وانها لا يتعلق باجازة الوارث فصار النصف ههنا كالثلث في ساير الوصايا والوصايا
اذا اجتمعت في ثلث وجب الضرب بها فيه الا في موضع المزاحمة وحق المراة كان في
ثلثه وقد استوفت سهما وما استوفت نصفه من محل الارث فلا يعتبر وصيها فيه لكونه
مستحقا لها بحكم الارث ونصفه في محل وصية الاجنبي فبقي حقها وصية في سهمين ونصف
فانكسر الانصاف فيجعل كل نصف سهما فصار وصية المراة خمسة اسهم ووصية الاجنبي
سهمين فجملته سبعة اسهم يقسم الثلاثة الباقية بينهما على سبعة اسهم ولا يستقيم فيضرب
اصل الحساب وذلك ستة في سبعة فيصير اثنان واربعين باخذ الاجنبي الثلث اولا
وذلك اربعة عشر وياخذ المراة الميراث ربع الباقي سبعة يبقى احد وعشرون
يقسم سهما اسباعا خمسة اسباعه خمسة عشر وسبعان للاجنبي ستة فحصل للاجنبي عشرون
والمراة اثنان وعشرون كذا في الذخيرة قوله لهما في الخلافية ان الموصى قصد
شيئين الى قوله والتفضيل في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه قلت هذا يشكل بما
ذكر في الكافي في كتاب الصلح قبيل فصل التخارج حيث قال اذا اسلم في كر ثم
اصطلحا على ان يرد المسلم اليه نصف كر بالي ذلك الاجل لم يصح الزيادة اجماعا لانها
لو جازت لبطلت من حيث يجوز اذ لو جازت لخرج بعض راس المال من ذلك السلم
حتى يجعل بازاء هذه الزيادة واذا خرج صار دينا على المسلم اليه فيصير كانه اسلم
بدين كان عليه وذا لا يجوز واذا لم يجز هذا فعلى المسلم اليه ان يرد ثلث المال الى
رب السلم وعليه كر تام وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يرد شيئا من راس المال
وعليه كر بزيادة لان اخراج بعض راس المال كان حكما للزيادة فلما لم يصح الزيادة لم يصح
اخراج شيء منه فبقي على حاله وله انهما قصدا شيئين اخراج بعض راس المال من
السلم وادخاله في هذه الزيادة والادخال لم يصح ولكن الاخراج قد صح فيرد ذلك هذا
كلامه فما ذكر في مسئلة الوصية من تعليلهما وتعليله يقتضي ان يكون الجواب في مسئلة السلم
بالعكس وما ذكر في مسئلة السلم من التعليلين يقتضي ان يكون الجواب في مسئلة الوصية على
العكس قوله فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة اشارة الى ان الوصية بالعين
متعلق بعين ما تعلق به حق الورثة وذلك يشكل بما ذكر في البزدوي من ان حق الورثة
يتعلق بالصورة والمعنى فيما بينهم حتى لا يجوز البيع من احد الورثة ولو بمثل القيمة وبالمعنى

في حق غيرهم حتى يجوز بيع عين من التركة من غيرهم اذا كان بمثل القيمة وليس لهم
ان يردوا البيع فعلى هذا لم يكن الوصية بالعين متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة
ايضا لان حقهم لم يتعلق بالعين في حق الاجانب بل بمعناها وهي القيمة والوصية انما تكون
للاجنبي قوله ولو اوصى بنصيب ابنه الى اخره قلت لو اوصى لرجل بنصيب بنت
لو كانت وترك ابنا واما فللموصى له خمسة من سبعة عشر وللام سهمان وللابن عشرة
وان اوصى بنصيب ابن اخر لو كان وترك زوجة وابنا فللموصى له سبعة من خمسة
عشر وللمراة سهم وللابن سبعة وان اوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وترك اختا
وبنتا واجازا فللموصى له ثلثا المال وان لم يجيزا فله الثلث وفي مثل هذه المسائل
كثيرة وهي على قياس مسئلة الكتاب يحتاج الى نوع تامل ووجه الفرق ظاهر وذلك ان
مسئلة الكتاب مقيدة بما اذا كان الابن موجودا فلا شك انه اذا كان موجودا كانت الوصية
مغيرة لحكم الكتاب فلا يصح بخلاف ما اذا كان معدوما ثم يشكل بانه تصحيح الوصية واجب
ما امكن تحصيلا لمقصود الموصي وقد امكن تصحيحه بارادة التقدير وهذا كما صححوا الوصية
فيما اذا اوصى احد الشريكين في الدار ببيت معين منها ثم قسمت الدار ووقع البيت في نصيب
الشريك الاخر بارادة التقدير من البيت على ما يجي بحقيقته لان يقال نصيب الابن
هو ما يصيبه بعد الموت مجهول القدر والمجهول لا يصلح للتقدير فلا يصح ارادة التقدير
بخلاف البيت فانه معلوم القدر فيصلح للتقدير قوله فله اخس سهام الورثة الى قوله
ولا يزاد عليه قلت ذكر في المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من ماله فله اخس سهام ورثته
الا ان يكون اخس السهام اكثر من السدس فلا يزاد عليه في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فحينئذ
يعطى له السدس فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز
الزيادة عليه وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان
عن السدس كذا في الكافي ولفظ الكتاب لا يوافق الروايتين حيث لم يجوز الزيادة
على السدس بقوله ولا يزاد عليه ولا النقصان عنه لقوله يتم له السدس اللهم الا ان
يجعل قوله ولا يزاد عليه متعلقا بقوله فيتم السدس لا بقوله فله اخس سهام الورثة
يعني له اخس السهام الا ان ينقص عن السدس فحينئذ يتم له السدس ولا يزاد عليه في
صورة النقصان فحينئذ يوافق رواية الجامع الصغير قوله وله ان السهم هو السدس
هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم

فيما روي ان رجلا اوصى لسهم من ماله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسدس
ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر
ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا هذا التمسك مشكل اما اولا فلان التمسك
بما روي ان النبي عليه السلام قضى بالسدس في من اوصى بسهم من ماله يقتضي ان
يكون الواجب فيما اذا اوصى بسهم من ماله هو السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه
والمدعى ان الواجب هو اخس السهام بالغا ما بلغ غير انه ان نقص عن السدس لا
ينقص عنه بل يزاد الى السدس واما ثانيا فلان قوله ان السهم هو السدس بضمير
الفصل وتعريف الجزئين بلام التعريف الموجب لحصر المسند اليه على المسند يقتضي
ان يكون السهم هو السدس ليس الا فيجب ان لا يكون له في الوصية بالسهم سوى السدس
وذلك خلاف المطلوب واما ثالثا فلان قوله ولانه يذكر ويراد الخ انما دليل آخر
على ما ادعى من ان له اخس السهام لكنه ان انتقص عن السدس يتم له السدس
بان يعطف على قوله قوله لانه يذكر على قوله السهم هو السدس عطفا على قوله هو
المروي عن ابن مسعود واياما فهو لا ينتج المطلوب لان كون السهم في اللغة عبارة عن
السدس وكونه مستعملا في سهم من سهام الورثة لا يوجب الا التردد بين ان يراد بالسدس
او سهم من سهام الورثة وانه يقتضي ان يوخذ بالمتيقن وهو السدس فيما اذا كان اخس
السهام اكثر من السدس واخس السهام فيما اذا كان اقل منه لا ان يجب اقل السهام
بالغا ما بلغ غير انه ان نقص عن السدس يتم له الا ان يقال ان الوصية تشبه الميراث
وليست بميراث حقيقة وقد ثبت ان السهم في اللغة هو السدس وفي الميراث خاصة
احد سهام الورثة فمن حيث انها ليست بميراث حقيقة يجب ان يراد بالسهم الموصى
به السدس لانه في اللغة هو السدس وهو الذي يراد به في غير الميراث فيجب
السدس مطلقا ومن حيث انها تشبه الميراث والسهم اذا استعمل في الميراث يراد
به احد سهام الورثة ايا ما كان او غيره يجب ان يراد به احد سهامهم فيجب اخس
سهامهم زاد على السدس او انتقص عنه فعملنا بجهة الحقيقة والشبه جميعا فقلنا اذا
زاد على السدس يجب اخس سهام الورثة عملا بجهة الشبه بالميراث الموجب لصرف السهم
الى احد سهام الورثة ثم العمل بالاقل المتيقن وقلنا يعطى له السدس اذا كان
اخس السهام ما دون السدس عملا بجهة الحقيقة الموجبة لصرف السهم الى السدس
والتعيين بتحري الجهل ولاقتضاء النبي صلى الله عليه وسلم بالسدس فيمن اوصى

بسهم من ماله فلا يقتضي ان يجب السدس على الاطلاق لان قضاءه عليه السلام فعل والفعل ليس له اطلاق ولا عموم ويجاز لان يكون القضاء به فيما اذا كان اخس سهام الورثة اقل من السدس فيتم السدس او كان اخس السهام هو السدس قوله غير ان الجهالة لا يمنع الوصية لقياسنا والقياس ان يمنعها لانه تمليك مضاف وتمليك المجهول باطل لكن لما وجب تصحيح الوصية بالقدر الممكن الحقناها بالاقرار بالمجهول واقمنا الورثة مقام المورث في البيان استحسانا ايضا تصحيحا للوصية ولانهم لا يتومون مقامه في بيان الاقرار بالمجهول الصادر من المورث واما اذا اوصى للمجهول فلا يصح لان الاقرار للمجهول باطل فلا يصح الالحاق به فلم نجد لتصحيحها سبيلا فبطلت قوله ولنا ان في الجنس الواحد الى اخره اعلم ان عباراتهم في بيان الفرق بين الجنس الواحد والاجناس المختلفة مختلفة فذكر في الكافي والفرق ان ما يحتمل القسمة فتسمية الجزء من الجملة وتسمية قدر منها شيوعا ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق الجبر ولو سمي درهما من ثلثة دراهم لوجب تسليم ما بقي لانه درهم مما سمي والمال المشترك انما يهلك على الشركة اذا استوى الحقان واما اذا تقدم احدهما فالهلاك يصرف الى المؤخر حقه كما لو كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة يصرف الى المؤخر حقه وهو اصحاب الوصايا والورثة لان الدين مقدم على الكل وههنا الوصية مقدمة فيصرف الهلاك الى الارث وذكر الامام المحبوبي ان حق الموصى له مقدم في التنفيذ على حق الوارث والمال المشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه يصرف الهلاك فيه الى التبع كمال المضاربة تصرف فيه الهلاك الى الربح لا الى راس المال فكذا ههنا يصرف الهلاك الى نصيب الوارث الذي هو تبع بخلاف الاجناس المختلفة لانها لا تقسم قسمة واحدة فتعذر صرف الهلاك الى نصيب الورثة لان ذلك نوع قسمة فبقي الباقي مشتركا وفيما نظر لان الوصية لو كانت مقدمة على الارث كتقدم الدين عليه او كان حق الورثة كالربح في مال المضاربة لوجب ان يصرف الهلاك الى حق الورثة اتحد الجنس او اختلف كما في صورة الدين والربح في مال المضاربة ولا يبقى الموصى له ما بقي خرج ذلك من ثلث ماله او لم يخرج وغاية ما يمكن ان يقال ان حق الموصى له مقدم في القسمة والافراز لا في التعلق حتى ان حقه لا يمنع تعلق حق الوارث اصلا لكنه يتقدم في تعيين الحق بمعنى انه يجب تسليم قدر الموصى به اولا ثم يقسم التركة بين الورثة فحيث امكن القسمة وجب تقديمه ومتى قدمناه في القسمة وعيّنا حقه في الباقي صار كانه اوصى له بهذا القدر ابتداء ولو كان اوصى له ابتداء كان له ذلك ان خرج من الثلث والا فبقدر الثلث بخلاف ما لا يمكن القسمة

فيه حيث لا يمكننا تقديمه في القسمة فبقي الباقي على الشركة بالضرورة واما رب الدين فحقه مقدم على حق الوارث في التعلق حتى يمنع تعلق حق الوارث اذا كان مستغرقا فمع وجود الدين لا يتعلق حق الوارث اختلف الجنس او اتحد فبالضرورة يصرف الهلاك الى حق الوارث مطلقا بخلاف حق الموصى له فانه مقدم في القسمة دون التعلق فيظهر التقدم فيما يحتمل القسمة دون ما لا يحتمل فيصرف الهلاك الى حق الورثة في متحد الجنس دون مختلفه والله اعلم قوله والوصية مقدمة فجمعناهما في الواحد حملا على البارية قلت بهذا يشكل ما سيأتيك انه اذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده لانه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه كل ما في يده اذا كان الدين مستغرقا لما في يده لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيتقدم اما الموصى له بالثلث فشريك الوارث فلا يسلم له شيء الا وان يسلم للورثة مثلاه هذا كلامه فلو كانت الوصية مقدمة كما ذكرها هنا وجب ان يتحد الجواب في الاقرار بالوصية والاقرار بالدين في المسئلة المذكورة وجوابه يخرج مما ذكرنا من الفرق بين حق الموصى له وحق الدائن فتامل قوله فالصحيح ان الوصية تصح لان الوصية لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كان باسم نوعه فرق في الذخيرة بين ما اذا كانت الوصية بلفظ المال وبين ما اذا كانت باسم نوعه بان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من اوصى بغنم ثم ملكه لا يصح واذا كان في ملكه يوم الوصية فالوصية يتعلق به حتى لو هلك يبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير عين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية ومتى كان الموصى به غير عين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي واذا كان الموصى به موجودا في ملك الموصي فالوصية لا يتعلق به حتى لا يبطل بهلاكه وذلك ان الميت لما اوصى بشيء غير عين وهو شائع في جميع المال فقد جعله كاحد الورثة لان الوارث هو الذي يثبت حقه في جميع المال شائعا والوارث انما يرث مال المورث يوم الموت لا ما كان قبل الموت ولم يبق فكذا الموصى له بخلاف ما اذا اوصى بعين او شائع في بعض التركة حيث لم يجعله كالوارث لان حق الوارث شائع في جميع التركة وحقه اما عين او شائع في بعض التركة فكانت الوصية في هذه الصورة معتبرة بالهبة فيتعلق بالموجود يوم الوصية كالهبة يتعلق بالموجود وقت الهبة فبهذا ظهر ان قياس ما يكون باسم

المال في جميع التركة ~~لا يكون باسم الموصى شايعا في بعضه~~ غير صحيح لان الموصى له في
الاول كالوارث وفي الثاني كالموهوب له وبعبارة اخرى ان الموصى به اذا كان شايعا
في بعض التركة فالموصى له يشبه الوارث من حيث ان حقه شايع كحق الوارث ويشبه الموهوب
له ايضا من حيث ان حقه لم يتعلق بجميع المال شايعا كحق الموهوب له فاعتباره بالوارث يوجب
ان يتحقق ما كان موجودا يوم الموت دون الوصية واعتباره بالموهوب له يوجب ان لا يتحقق
فلا يثبت الاستحقاق بالشك قوله ١٦ فضل والمعتبر فيما عند الموت والقايل ان يقول هو
فضل لكن فيما اذا كان الموصى له كالوارث وذلك فيما اذا كانت الوصية شايع في جميع
التركة اما اذا كان كالموهوب له كما اذا اوصى بعين فانه يعتبر وجود الموصى به في يوم
الوصية وفيما اذا اوصى بشايع في بعض التركة الموصى له كالموهوب له من حيث ان حق
كل واحد منهما ليس بشايع في الكل فلا يكون وجود الموصى به وقت الوصية فضلا قوله ١٧
فاذا اقر كل فريق بدين ظهرت في التركة دينا شايعا في الحصة فيجب اصحاب الثلث
بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق بقدر حقه وهذا يشكل
بما اذا اقتسما تركة الاب ثم اقر احدهما بدين مستغرق جميع ما في يده حيث ياخذ المقر له جميع ما
في يده لان الدين مقدم على الميراث فيكون يتقدم عليه فكذا هنا لما ظهر في التركة دين
شايع بالاقرار والدين مقدم على الوارث يجب ان ياخذ المقر له من الفريق المقر جميع
ما اقر ان كان الاخر مكذبا وان كان مصدقا في البعض مكذبا في البعض يجب ان يكون
ما يصادقا عليه في مالهما على قدر حقهما ويوجب الزيادة من المقر بها لانه اقر بالدين فيكون
اقراره بتقدم المقر له عليه قوله ١٨ والوارث من اهلها فافترقا وقد يشكل بما اذا اوصى بثلث
ماله لزيد وعمرو وهما حيان ثم رد عمرو وصيته يكون لزيد تمام الثلث وعلى ما ذكر يجب ان يكون
له نصف الثلث لان الوصية قد انعقد لعمرو في حق الموصى لانه يتبرع فيتم بالمتبرع كالهبة
غير انها تبطل بالرد كما انها تنعقد في حق الوارث ثم تبطل برد الورثة قوله ويبطلان الوصية
والهبة هذا اذا كان له وارث غيرها ايضا اما اذا لم يكن صحت الوصية على ما ذكرنا من الذخيرة
قوله وهذا منجز غير مضاف وهذا مشكل لانه لو وهب لاجنبية شيئا في مرض الذي مات فيه
ثم تزوجها لا تصح الهبة كما لو اوصى لها بشيء ثم تزوجها فلو كانت الهبة منجزة غير مضافة الى
ما بعد الموت وجب ان تصح وهذه قد مر في الكتاب بقوله والهبة وان كانت منجزة
صورة ~~فهي~~

باب العتق في المرض

قوله لانه اقرب لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه ذكر شمس الايمة ان هذا غير صحيح لان قوله حر بعد

موتي بيوم لا يحتمل الفسخ والرجوع عنه مع ذلك لا يكون مقدما على اصحاب الوصايا واذا قال
لن حدث بي حدث في مرضي هذا فهو حر ابتداء قبل الوصايا ومع هذا يصح الرجوع عنه حكما
بالبيع كذا في الحاشية قلت يجوز ان يكون المعطوف هنا محذوفا اي لانه لا يلحقه الفسخ من
جهة الموصي وينفذ عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فلا يرد على طرده نحو موحر بعد
موتي بيوم لانه ان كان لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فهو لا ينفذ عقيب الموت ولانه
ينفذ بل يتوقف على تنفيذ الوارث او الوصي او القاضي فقد ذكر الامام قاضيخان والتمرتاشي
ان العتق متى تاخر عن الموت لا يثبت الا باثبات واحد من الوارث والوصي والقاضي
لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر ثم قوة العتق الذي
ذكر انما باعتبار انه لا يلحقه الفسخ ظاهرا اما قوته باعتبار نفاذه بنفس الموت من غير
توقف على شيء اخر فلان هذا المعنى يجعله في معنى الدين من حيث ان رب الدين
يتعلق حقه بالمال عقيب الموت من غير توقف على شيء اخر كذا المعتق يتعلق حقه بالعتق
بنفس الموت من غير توقف على شيء فكان العتق المعلق بمنزلة الدين والدين يقدم
على الوصية فكذا ما هو في معناه واما قوله ان حدث بي حدث في مرضي هذا فلا نسلم انه يحتمل
الفسخ بل اليمين يبطل بالبيع باعتبار عدم محله وهذا ليس من الفسخ في شيء كما لو مات وكما
لو قال ان دخلت الدار فانت حر فباع بطل اليمين ولم يكن ذلك فسخا للعتق كذا هذا ولو
سلم فعدم احتماله الفسخ قصدا يكفي لرجحانه على ساير الوصايا التي تحتمل الفسخ قصدا فلا
يقدح في ذلك احتماله الفسخ ضمنا قوله واذا وجد العتق اولا دبث وهو لا يحتمل الرفع
كان من ضرورته المزاحمة ويشكل بما يا في مسلة ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك
في الصحة الخ ان العتق بعد وقوعه ان كان لا يحتمل الرفع من حيث الصورة فقد
يحتمل من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه واذا كان العتق ما يحتمل الرفع بايجاب
السعاية عليه عند وجود الاقوى منه لزم ان يدفع بوجود المحاباة ايضا من حيث المعنى
وجوابه ان عدم احتماله الفسخ صورة يكفي لجبر ما فيه من الضعف الموجب لتقدم المحاباة
عليه والمطلوب هنا اثبات استواء العتق معها وذلك بجبر الضعف الذي كان له ويترتبه
بحيث لا يحتمل الدفع صورة يكفي لجبره فلا يقدح فيه احتمال الفسخ معنى بايجاب السعاية
قوله وله انه وصيته بالعتق بعبد يشتري بماية وتنفيذها فيمن يشتري باقل منه تنفيذ لغير
الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى فالمستحق لم
يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بماية فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وهذا مشكل لما ذكر في الذخيرة

لانه ان اوصى بان يحج عنه تطوعا وان يعتق عنه نسمة ولم يعينها تطوعا وان يتصدق عنه بماية

على الفقرا لا باعيانهم فانه يبدا بما بدا به الميت لان الموصى له في هذه الصورة واحد

وهو الله تعالى لان الوصية بالحج لله تعالى وكذا الوصية بعتق نسمة لا بعينها له تعالى لا

للعبد لان الوصية للمجهول لا يصح وهو معنى قولنا فيبدا بما بدا الميت اذ لا وجه الى تنفيذ

الوصايا كلها لضيق الوقت الثلث ولا الى ان يتوزع الثلث عليها اذا كان الموصى له واحدا

لانا متى وزعنا ونقصنا من بعض الوصايا احتجنا ان نرد ذلك بعينه ثانيا وانه لا يفيد

فوجب تقديم ما بدا به بدلالة حاله لان الظاهر من حال الانسان ان يبدا بالاهم وان

اوصى بان يحج عنه بماية ويشترى نسمة بعينها ويعتق عنه فانهما يتحاصان لان الموصى

له قد اختلف فان الوصية بالحج لله تعالى والوصية بعتق نسمة بعينها كما هي وصية

لله تعالى فهي وصية للعبد لان للعبد حقا في العتق وقد امكن اعتباره وصية العبد لانه

معلوم اذا عينه الموصي فقد اختلف الموصى له فيجب المحاصة ولا يبدا بما بدا به لان

تقديم ما بدا به الموصي ثابت بدلالة الحال وايجاب الحق لكل واحد من الموصى لهما ثابت

بالنص ولا يجوز ابطال ما ثبت بالنص بدلالة الحال هذا كلامه وهذا تنصيص بان

الوصية بعتق عبد لا بعينه وصية لله تعالى لا للعبد فلا يتبدل المستحق لو نفذنا الوصية

بعتق عبد يشترى باقل من ماية لان المستحق في هذه الصورة هو الله تعالى فصار كما اذا اوصى

لرجل بماية وهلك بعضها يدفع الباقي اليه **قوله** وقيل هذه المسئلة بناء على اصل اخر الخ

قلت ذكر في الذخيرة انه لو اوصى بان يحج عنه تطوعا بماية وبان يشترى نسمة بعينها ويعتق

عنه فانهما يتحاصان ولا يبدا بما بدا به الميت لان الموصى له قد اختلف الى اخر ما ذكرنا

سابقا فلو كان العتق حقا لله تعالى وجب ان يبدا في المسئلة المذكورة بما بدا به الميت

كما اذا اوصى بحج وعتق نسمة لا بعينها **قوله** نقضيته الى قضيته اقتران الدين

بالعتق لا دين ان يبطل اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيه اشارة الى

انه لو كان يحتمل البطلان لابطلناه **فان قلت** لا موجب ابطاله سوى صيانة حق الغريم

وصيانته لا تحتاج الى ابطاله لحصوله بايجاب قيمته عليه لان حق الغريم يتعلق بالمالية

لا بالصورة الا يرى انه لو باع المريض عبدا من تركته بمثل القيمة لا يبطل البيع وان

كان ما يحتمل البطلان لان حقه متعلق بالمالية والبيع بمثل القيمة لا يبطله **اجيب**

بان عتقه بلا عوض يبطل حق الغريم فيرد عتقه الا انه لا يمكن رده صورة لانه لا يحتمل الفسخ

فيرد معنى بايجاب السعاية فايجاب السعاية بمنزلة رد للعتق صيانة لحق الغريم وليسرة العتق

موجبا للسعاية بنفسه كالبيع يوجب الثمن حتى لا يكون ابطالا لحق الغريم بل هو بنفسه

لا يوجب المال فيكون مبطلا لحق الغريم بالابطال فيجب ابطاله لكنه لا يمكن ابطاله

صورة والمكن معنى بايجاب السعاية فيجب ابطاله بالقدر الممكن فالعتق مبطل لحق

الغريم فيجب ابطاله معنى بايجاب السعاية فاما البيع فليس بمبطل حقه اصلا فافترقا والله اعلم

قوله ولان الدين اسبق لانه لا مانع من الاستناد **قلت** لم يذكر في وضع المسئلة استناد الدين

من الغريم الى حالة الصحة حيث قال وقال رجل لي على ابيك الف درهم فلا وجه لاسناده

الى حالة الصحة مع ان الحوادث يضاف الى اقرب الزمان ومن هذا عدل في الكافي

عما ذكره المصنف فقال ولان اسناد العتق الى صحته انما يصح اذا لم يوجب شغل الذمة

وقد حاز ثم شغل الدين فمنع الاسناد فوجب رده هذا لفظه فلم يتعرض لاسناد الدين الى

الصحة وامكانه لدين امكان اسناد العتق فكان المصنف قد اقام الدليل لجزئي واحد

من وضع المسئلة وهو ما اذا كان المدعي يدعي الدين ايضا في حال الصحة وان كان

الوضع اعم منه **قوله** ولا يمكن استناد العتق ويقال ليس هذا من باب الاستناد لان عبارة

عن ثبوت الحكم في الحال مستندا الى زمان سابق والاقرار لا يثبت به الدين ابتداء بل

يظهر به ما كان ثابتا كما يظهر الحيض باستمرار الدم الى ثلاثة ايام حتى تطلق بمجرد رؤية

الدم اذا قال ان حضت فانت طالق لا يحكم بطلاقها قبل الثلاث علم انه حيض وذلك باستمرار

الى ثلاثة ايام **قوله** وعلى هذا الخلاف الى قوله فصدق الوديعة اقوى وعندهما سواء وفي

الكافي وعلى الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال رجل لي على الميت

الف درهم دين وقال لاخر هذا الالف الذي تركه ابوك كان وديعة لي عند ابيك وقال

الابن صدقتما يعطى الالف منهما نصفان لانه لم يظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان

كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة وقالا الوديعة احق لانها يثبت في عين الالف والدين يثبت

في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت اسبق فكان صاحبها احق كالاقرار لما لو

كان المورث حيا وقال صدقتما بعد ما قالا قلنا بان الدين من الوارث يتناول التركة لا الذمة

فيتبل وقعا معا بخلاف المورث وذكر في الهداية فحينئذ الوديعة اقوى وعندهما سواء والاصح

ما ذكرنا اولا وهو سطر شروح الجامع الصغير وشروح المنظومة هذا كلامه **قلت** انكر البعض صحة

ما ذكر في الهداية وبين الاختلاف على عكس ما بين وهو بعد ما اشعر في قوله وعلى هذا الخلاف

مشيرا الى الخلاف المذكور في مسئلة الدين والعتق ولا يخفى ان مسئلة الدين والوديعة انما يكون

على الاختلاف المذكور في مسئلة الدين والعتق ان لو كان الوديعة اقوى عنده من الدين

ويكونان سواء عندهما كما هو المذكور في الهداية اما اذا كان الاختلاف في مسئلة الوديعة
كما ذكره الشيخ رحمه الله فحينئذ لم يكن مسئلة الوديعة على الاختلاف في مسئلة العتق على ما لا يخفى فالحكم
بان مسئلة الوديعة على الخلاف المذكور في مسئلة العتق ثم بيان الاختلاف فيهما على خلاف
للخلاف المذكور فيهما كما فعله الشيخ رحمه الله محتاج الى مزيد تامل وكان عليه ان لا يتعرض له
في قوله وعلى هذا الخلاف او يفسر الاختلاف كما فسره صاحب الهداية والله اعلم **قوله**
بخلاف الميراث لانه خلافه **قلت** قد تقدم ان الوصية استخلاف وان الموصى له خليفة للموصي
كالوارث لمورثه

باب الوصي وما يملكه

قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى
مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لانه متبرع في التصرف فلا يلزمه ذلك بدون
قبوله كالوكالة ولا غرور هنا في رده الى الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف عن حاله
انه يقبل الوصية ام لا **فان قلت** هذا تصريح بان الايصاء يرتد بالرد بعد الموت اذا لم يكن الموصى اليه
قد قبل حال حيوته وقد صرح بعد هذا باسطر انه اذا مات الموصي وهو لم يقبل ولم يرد في
حيوته فقال بعد موته لا اقبله لا يبطل الايضاء بمجرد قوله لا اقبل لانه في ابطاله ضررا
بالميت واجب الرفع **اجيب** بان معنى قوله هو بالخيار انه مخير ان شاء قبل فيلزمه التصرف
وان شاء لم يقبل فلا يلزمه التصرف وليس معناه انه اذا لم يقبل يبطل الايضاء حتى لو قبل
بعده لم يصير وصيا فلا يتناقض **قوله** وضرر الوصي مجبور بالثواب **وفيه بحث** اما
اولا فلما عرف من امتناع ابتناء الحكم الدنيوي على الاخروي والثواب حكم اخروي فلا
يجوز ابتناء حكم دنيوي وهو الايضاء عليه واما ثانيا فلان الوصي انما يتضرر بلزوم التصرف وهو
لا يلزم قبل القبول لما مر انه متبرع في تصرفه فلا يلزم ذلك بدون قبوله وبعد انما يبقى
الايضاء مع قوله لا اقبل بمعنى انه لو قبل بعده يصير وصيا لا بمعنى انه يلزمه التصرف بل
ان رد فاذا لم يلزمه التصرف قبل القبول لم يتضرر اصلا فلا معنى لقوله وضرر الوصي الخ
اللهم الا ان يجعل ذلك جوابا على تقدير التسليم اي لو سلم انه متضرر فضرره مجبور بالثواب
قوله والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد في عرفهم هذا ينافي ما مر في الوكالة
من قوله ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان
العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك هذا لفظه وانه يدل على ان التقاضي
وضعا هو الاقتضاء لكن التقاضي صار في العرف بمعنى الطلب وذكر هنا انه في العرف بمعنى
الطلب لا الاقتضاء وكانه اراد بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم انه كان التعارف
استعماله في معنى الاقتضاء الذي هو المعنى الوضعي لكنه تبدل العرف اليوم فيذكر وهذا

في الطلب فصح ان يذكر التقاضي ويراد به الاقتضاء نظرا الى انه كان متعارفا ولا يملك
الوكيل بالتقاضي القبض نظرا الى انه صار في العرف بمعنى الطلب والله اعلم **قوله**
ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول يصير الوصية ميراثا لورثته فيه اشارة الى ان للقاضي
ان يقسم التركة ويقبض تلك الوصية عن الموصى له الغائب وان كان الموصى له لم
يقبل الوصية بعد ولكنه يشكل بان القبول شرط لملك الموصى له الا اذا مات من غير
قبول على ما عرفنا فاذا لم يملك له قبل القبول كيف يصح مقاسمة القاضي مع الورثة عن
الموصى له والقسمة يتوقف على الملك **قوله** قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير
الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب
في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما كان من باب الحفظ فكذا وصيهم وفيه
اشكال اما اولا فلما مر في النفقات من قوله واذا باع ابوه متاعه في نفقته ... متاع الابن الكبير الغائب
في نفقته جاز عند ابي حنيفة رحمه الله الى ان قال ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال
الغائب الا يرى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ
ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في
التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة
فله الاستيفاء هذا كلامه والتنصيص بان غير الاب من الاقارب لا يملك الحفظ في مال الكبير الغائب
ولا بيع منقوله وهنا صرح بان وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير
الغائب وكذا وصي الام والعم اذا كان وصي هؤلاء كوصي الاب في الكبير الغائب بان كان
مالكا للحفظ وبيع منقوله فهم يكونون كالاب في حفظ مال الغائب الكبير وبيع منقوله بالضرورة
سلمنا ان قوله وكذا وصي الام ووصي العم يحتمل احتمالا غير ظاهر ان يصرف الى الصغير لكن
وكذا وصي الام والعم في مال الصغير ولكن قوله وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب تصريح
بما يخالف المذكور في النفقة من قوله بخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم
في الحفظ بعد الكبر ثم ما ذكر في النفقات فهو مذكور في وجه ابي حنيفة رضي الله عنه وهنا
ما ذكره ما يخالفه ذكره في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وجاز ان لا يكون لغير الاب من الاقارب
ولاية [illegible] في مال الكبير الغائب عنده ويكون لهم ذلك عندهما ولكن اثبات ولاية الحفظ
في مال الغائب الكبير لهؤلاء يوجب التسوية بينهم وبين الاب في التصرف في ماله في حال الصغر وهو
الاب ومن بعده لا يليه وانه محل بل يجب ان يبقى بعد الكبر ولاية الحفظ لمن كان
له ولاية الحفظ والتصرف في الصغر ويبطل الولاية لمن كان له الحفظ دون التصرف

ووصي

يظهر الخطاط رتبة من مراحط رتبة اما التسوية بينهما فبإباء العتل واما ثانيا فلانه اشار
بقوله وهذا الجواب في تركة سولا الى انه وصي سولا انما يملك الحفظ اذا اوصى اليه
فيما وصل الى الوارث من قبلهم فاما ما كان في ملكهم من ميراث غيرهم فوصيهم لا يملك
الحفظ فيه ايضا وهكذا ذكر في الفصول ولكن تعليله بقوله لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون
ما كان من باب الحفظ فكذا وصيهم يشعر بان لوصيهم ولاية حفظ مال وارثهم مطلقا لظهور
ان سولا انما يملكون حفظ المال الموروث من قبل غيرهم ولا فلا معنى لحفظ المال الموروث
من قبلهم لنفوذ الحفظ من الميت فلو كان ملك الحفظ لوصيهم مستفادا من ملكهم ا الحفظ
لزم ان يكون له ولاية الحفظ في مال موروث من قبل غيرهم ايضا لان ولاية الحفظ كانت
ثابتة لهم في ذلك المال **قوله** والوصي احق بمال الصغير من الجد **قلت** هذا اذا كانت
للوصي ولاية كاملة وقت الايصاء اما اذا لم يكن له ولاية كاملة وقت الايصاء فالجد احق
من الوصي صرح بهذا في حيث قال امة بين رجلين ولدت ولدا فادعياه معا وثبت نسبه
منهما فعتقت الامة وماتت وتركت مالا واوصت الى رجل فالاب احق بحفظ ولدها وماله من ابويه
دون وصيها وان مات الابوان او غابا فلوصيها ولاية الحفظ ويبيع ما يتنقل فاما مات احدهما
عن وصي فولاية التصرف والحفظ للباقي من الابوين لانه تبين ابا فان غاب الاب
الباقي فحفظ تركتها لوصيها **قوله** وحفظ تركة الاب لوصيه فان مات هذا عن وصي فوصيه
احق من وصيها ومن ابيه وكذا وصي وصيه احق من جميع ما ذكرنا فان مات الاب الباقي
بلا ايضا وله وللاولاد اولاد ووصي فالولاية للجد وابو الاول احق من وصيه لان
الوصي انما يتقدم على الجد اذا كان للموصي ولاية كاملة وقت الايصاء والاب الاول لم يكن
له ذلك وقت الايصاء بخلاف وصي الاب الباقي تصريح بما ذكرنا **قوله** ولنا ان الايصاء
ينقل ولاية الاب اليه وكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان
اختيار الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه **قلت**
هذا الوجه يقتضي ان يقدم وصي الاب على الجد مطلقا الى سواء كان للموصي ولاية
كاملة وقت الايصاء او لم يكن والمسئلة بخلافه على ما ذكرنا **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الحرب
لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته **وفيه بحث** لان الوصية
لا يتوقف على الولاية حتى ينتفي بتباينهما الا يرى ان الوصية للعبد والكافر صحيح ولا يجري
الارث هناك وجوابه ان الوصية تشبه الهبة والارث من حيث انه تمليك واستخلاف
والعبد والكافر الذمي اهل للتمليك فيصح الوصية في حقهم اعتبارا لجهة التمليك بخلاف

الحربي فانه ميت في حقنا والميت لا يصلح محلا للتمليك وهو ظاهر ولا للاستخلاف لعدم
الولاية بتباين الدارين **فصل في احكامه قوله** لانه يباح للمملوك
النظر اليه رجلا كان او امراة وهذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل فهو
فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقا
لانه ذكر في استحسان المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها كما للاجنبيات نعم بهذا
انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى بدنها فالاولى في التعليل ما ذكره في الذخيرة
فقال لانه متى اشترى الولي جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا
فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس فانه يباح
لكنه للعذر فعلم بهذا ان شراء الجارية على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار
ان نظر الجنس الى الجنس اخف لا ان للملك تاثيرا في اباحة النظر كذا في الشرح
قلت الملك ان كان لا يؤثر في اباحة النظر الى بدنها فلا شك ان كونها امراة
مملوكة للخنثى يبيح النظر اليه عند الختان لانه ان كان ذكرا فهذا نظر المملوكة الى
مالكها والا فهذا نظر المراة الى المراة ونظر الجنس الى الجنس يباح عند الضرورة
وهذا هو المراد بتعليل المصنف وحاصله يرجع الى ما ذكر في الذخيرة فتامل **قوله**
وان يكشف قدام الرجال او قدام النساء الى اذا كان مراهقا يشتهى امره لتوهم
ان يكون امراة والمراة عورة مستورة قال الشارح هذه المسئلة تدل على ان نظر
المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى رجل
لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء مواضع العورة لان ذلك
لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي هذا الفصل في
نظر المراة الى المراة روايتان بينهما في الاستحسان كذا في الشرح **قلت** لا دلالة
لهذه المسئلة على ذلك لجواز ان يكون حرمة التكشف قدام النساء باعتبار ان الخنثى
يحتمل ان يكون ذكرا ولا يجوز التكشف للرجل بين ايدي النساء لان نظر المراة الى
الرجل الاجنبي كنظر الرجل الى محارمه على رواية كتاب الخنثى من الاصل لان
النظر الى خلاف الجنس اغلظ ولهذا لا يحل للمراة غسل الرجل الاجنبي بعد موته
ويحل للرجل ذلك نعم نظر المراة الى الرجل لو كان كنظر الرجل الى الرجل باتفاق
الروايات لكانت المسئلة دليلا على ذلك لانه لم يكن لكراهته وجه سوى حرمة التكشف
للمراة بين يدي المراة فلا جرم تدل المسئلة عليه وليس الامر كذلك **قوله** الاولى

انه لو شهدوا بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد **فان قلت** هذا يخالف ما مر في
فصل الشهادة علي القتل حيث قال لو شهدوا وقالوا **اجيب** باي شي قتله ففي
الدية استحسانا والقياس ان لا يقبل لان الفعل يختلف باختلاف الالة فيجهل المشهود
به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيثبت اقل موجبه
وهو الدية **اجيب** بان المراد بالمطلق هنا هو المطلق عن قيد العمدية لان شهودة ولم
يتعرضوا الصفة من العمدية والخطابية بقرينة قوله وان لم يوجد العمد لان ذكر
القتل والاطلاق عن قيد العمدية لا ينافي وجوب القصاص والمراد في فصل الشهادة
هو المطلق عن ذكر الالة فانه لو اطلق ولم يذكر الالة بان شهدوا بالقتل ولم
يشهدوا باي شي قتله لم يجب القصاص والدليل عليه ما ذكر في فصل الشهادة حيث
قال واذا شهدوا انه ضربه ولم يزل صاحب فراش حتي مات فعليه القود اذا كان
عمدا وتاويله انه اذا شهدوا بشي جارح فعلم ان ذلك لانه شرط واذا اطلق مما
لا يجب القود وذكر الشارح عند قوله وتاويله فقال **فان قيل** انهم وان شهدوا
بشي جارح ولكن الضرب قد يكون خطا فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه قاتل
متعمدا **قلنا** شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه بالسلاح لانه
لو كان مخطيا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدوا انه قصد ضرب غيره فاصابه
هذا كلامه وهو يدل علي ان لا اطلاق عن ذلك العمدية لا ينافي وجوب القصاص
ويبين لك معنى الفرق بين الاطلاق عن ذكر الالة والاطلاق عن وصف العمدية
وتوضيحه ان الشهادة علي القتل بالسلاح شهادة علي انه قتله عمدا لحالة
علي الصلاح والشهادة علي القتل العمد ... لة ليس بشهادة علي
القتل بالسلاح ثم اعترض في الجامع ... الشارح من السوال والجواب عند
قوله وتاويله بان قوله اذا كان عمدا ينافي هذا السوال والجواب
غير متوجه اذ ليس المراد بقوله اذا كان عمدا صوان يذكر الشاهد وصف العمدية
بان يقول انه قتله عمدا لما ان ذكر العمدية ليس بشرط لما صح به هنا بل المراد
ثبوت القتل العمد بشهادتهم وبهذا يسقط ايضا ما قيل قوله لا يري الخ ينافي قوله
في فصل الشهادة حيث قيل هناك بقوله اذا كان عمدا **قوله** ان القصاص
فيه معني العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كالمعاوضات التي